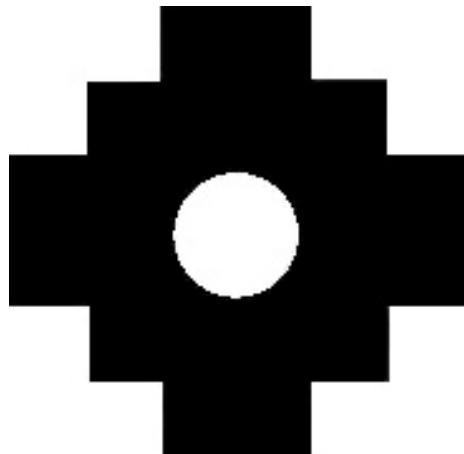


“Llaqtakunaq atípayníñwan, teqrímuýuta kuyuchisunchís”



Pueblos Indígenas:

Manual Para No Iniciados

Huascar Moisés V. Cabanillas Anaya

01/04/2009

El presente más que un esfuerzo académico, constituye una urgencia social por desarrollar la temática indígena, desde la perspectiva de los derechos internacionalmente reconocidos; en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es uno de los primeros estigmas de la profecía del Taita “Tupac Katari”, dedicado a esa indoamérica que fluye en las venas de todo un continente y que aún no ha despertado en luz y conocimiento, para reivindicar lo que por derecho justo y natural le corresponde. A EL sólo lo mataron un día, pero habrá de volver y será millones. *“Naya saparukíw jíwyapxitaxa nayxarustí, waranqa, waranqanakaw tukutaw kut'anípxani...”*

Presentación

Nunca imaginé cuan difícil sería hacer la presentación de lo que considero una urgente necesidad. *Pueblos Indígenas: Manual para No Iniciados* pretende ser sólo un punto de partida, un punto de referencia, un material de necesaria consulta para despertar a los que hace más de 500 años se han quedado dormidos, para fundamentar conceptual y jurídicamente a quienes ya han despertado y han empezado a reivindicar sus derechos, y para mejor prevenir la violación de los derechos humanos antes de tener que salir a defenderlos cada vez que estos sean violados.

Entre muchas, tres han sido las razones fundamentales, que han inspirado la realización del presente trabajo: **Primero**, la necesidad de reformular las relaciones asimétricas, en materia de justicia y dignidad entre los gobiernos de los estados y los pueblos indígenas. Relaciones basadas fundamentalmente en la implementación de un sistema que en la mayoría de los casos, no sólo no ha respondido adecuadamente a los retos planteados por nuestros pueblos (en términos de pobreza, injusticia y exclusión social), sino que también -y en aras del progreso- han sacrificado el compromiso y la deuda moral e histórica que los Estados aún mantienen con nuestros pueblos; a quienes -en virtud de un sistema político-económico mundial que privatiza ganancias y socializa perdidas- les pretende obligar a pagar -con el sacrificio de sus recursos naturales, costumbres, instituciones ancestrales y dignidad- el alto costo que no sólo el país, sino también la humanidad demandan para seguir manteniendo su nivel de vida, que no es otra cosa más que un irracional nivel de consumo. **Segundo**, la necesidad de incrementar la toma de conciencia y participación de los pueblos indígenas frente al desafío que representa su propio desarrollo. Y ello, necesariamente obliga a la educación para poder redefinir ciertos esquemas económicos y socioculturales implementados por el gobierno, asumidos/desarrollados por la sociedad dominante y padecidos por los pueblos indígenas; como son la discriminación, la exclusión social, la pobreza extrema y por sobre todo aquel complejo de inferioridad, de negación de la identidad, que subyace bajo la piel de quienes histórica y sistemáticamente han sido depreciados en dignidad para poder ser sometidos como pueblos y de este modo garantizar el *status quo* y los privilegios de quienes han ejercido y ejercen el monopolio del poder. Y

tercero, la necesidad de instruir jurídicamente y en materia de derechos fundamentales al elemento más vulnerable de la trilogía relacional: *Estado - Derechos Humanos - Pueblos Indígenas*. Por principio, nadie ama, ejercita o defiende lo que no conoce. Y el Estado, que en *teoría legal* se erige como el promotor, difusor y defensor de los derechos humanos, en la *práctica real* es quien suele violarlos amparado en vacíos legales y/o esquemas de impunidad; que por un lado tienen como fundamento el ejercicio monopólico del poder y por el otro, *la ignorancia* (entiéndase ignorancia como desconocimiento) e inacción de los pueblos oprimidos.

Por cuestiones didácticas, el presente trabajo ha desestimado la rigurosidad académica para poder acceder a aquellas esferas sociales, que por el principio de inmediatez, están vedadas a doctores y eruditos académicos. De este modo, y a manera de justificación ineludible, va para ellos la disculpa necesaria. Y muy por el contrario, el presente esfuerzo desenfunda como única y real intención el desafío auténtico de quienes por su condición de oprimidos, tienen ya la obligación y el compromiso histórico de despertar y levantarse, pues el futuro de los pueblos indígenas empieza aquí y ahora: *Wañuymi aswan allin, qonqorchaki kausaytaqa*.

Introducción

Dentro de los fundamentos esgrimidos a nivel internacional para el tratamiento de las cuestiones indígenas, se tiene a la necesidad de proteger basada en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de los pueblos; y a la convicción de que los pueblos indígenas tienen derecho a continuar existiendo sin perder su propia identidad, con la facultad de decidir sus prioridades y determinar por si mismos la forma y el ritmo de su propio desarrollo. En ese sentido, “*Pueblos Indígenas: Manual para No Iniciados*”, tiene como objetivo general promover y difundir los derechos humanos de los pueblos indígenas; y específicamente, pretende servir como material de instrucción para líderes y representantes de los pueblos interesados, dado que la educación de los pueblos y la capacitación de sus representantes, ha demostrado ser una de las mejores formas -la más efectiva y menos onerosa- de prevenir o reducir la violación de los derechos humanos en sus múltiples modalidades.

En cuanto a la metodología empleada, ésta combina algunos aspectos de lo bibliográfico-descriptivo, en la medida que ha tomado como punto de partida el trabajo académico y los acertados comentarios de los expertos de la Organización Internacional del Trabajo y basa sus análisis en aspectos histórico-jurídicos de la legislación nacional e internacional. En la primera y tercera parte, referida a “lo indígena” e “Instituciones” respectivamente; introduce lo reflexivo-filosófico, en la medida que analiza lo que significa ser indígena desde múltiples perspectivas y visiones, y reflexiona lógica y filosóficamente a cerca de ciertas instituciones, como la autodeterminación, la consulta, el consentimiento libre previo e informado, la costumbre, los derechos colectivos, la dignidad y diversidad, la espiritualidad y religiosidad, la tierra y territorio, la identidad cultural, lo justo y equitativo en cuanto a su aplicación dentro de los procedimientos de indemnización y lo que constituyen las medidas “eficaces”, “especiales”, “apropiadas”, “necesarias”, “adecuadas” y legislativas. Sin desestimar el análisis e interpretación reflexivo-filosófico del *Convenio* y la *Declaración*, y las referencias de carácter empírico-vivencial, citadas a manera de

anécdota para mejor ilustrar normas, conceptos o situaciones que podrían resultar ambiguos o de confusa interpretación.

En ese sentido, “*Pueblos Indígenas: Manual para No Iniciados*” desde sus comienzos ha sido concebido en formato dual; es decir, desde una perspectiva genérico-internacional a la que se han dedicado las secciones **I, III, IV** y **V** y una muy específica, reducida a lo que constituye la realidad indígena en el Perú y a la que se le ha dedicado la sección **II**. En tal virtud y como es evidente, está dividido en cinco secciones dispuestas de la siguiente manera: **La primera** abarca todo lo referente a la cuestión indígena, la cual pretende no sólo ilustrar a lector poniendo a su alcance diversas realidades y perspectivas en cuanto al dilema de ser o no ser, sino que también, trata de brindar los elementos necesarios para que el leyente pueda ejercer su derecho de auto-identificación, y del mismo modo, pueda determinar quien es o no un indígena de acuerdo a los estándares internacionales y los elementos brindados por el Convenio y la Declaración. **La segunda** sección, ha sido dedicada al tratamiento de lo indígena en el Perú. En ella se hace una breve pero metódica evaluación de lo que ha significado la problemática del indio antes y después de la llegada de los europeos. Se enfatiza el tratamiento de lo indígena través del ordenamiento jurídico ordinario y constitucional, con especial énfasis en el derecho de sufragio como medida de exclusión social y democrática, y luego, se especula sobre el enfoque que le brinda la Constitución de 1920. Cabe señalar que esta es una sección independiente, que de ser separada del cuerpo mismo del presente trabajo, no alteraría en nada su secuencia lógica, sentido y alcances como material de referencia y consulta para otras realidades, en especial para aquellas que se circunscriben al ámbito regional latinoamericano. **La tercera** sección se avoca al análisis, reflexión, interpretación y explicación de las instituciones fundamentales en materia de Derechos Humanos para Pueblos Indígenas, tal como ya fuera explicado en el párrafo anterior. **La cuarta** y **quinta** sección están dedicadas única y exclusivamente a interpretar y explicar los artículos del **Convenio** y la **Declaración** respectivamente, en torno a los cuales muchas veces se hace necesario, no sólo volver a revisar los conceptos y las categorías expuestas en la sección segunda, sino también volver a interpretar la fuente, que para el caso del **Convenio** lo constituyen sus propios artículos seis y siete; y para el caso de la **Declaración** es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

A manera de corolario, se tiene que: “*Pueblos Indígenas: Manual para No Iniciados*” habrá valido la pena, en la medida que mis hermanos “los menos”, que paradójicamente son “los más”; es decir, “ellos”, “los nadie”, “los ninguneados” -a los que hace referencia Eduardo Galeano-, se levanten en identidad y dignidad; y se erijan no sólo como los celosos guardianes de sus inherentes derechos, sino también como los auténticos forjadores de su propio destino, destino que debe dejar de ser considerado como “la lucha o resistencia de los pueblos originarios” o “la problemática indígena” para convertirse con toda justicia y dignidad en la auténtica “alternativa indígena”: Llaqtakunaq atipayninwan, teqrinuyuta kuyuchisunchis.

El Autor

INDICE

PRESENTACION.....	II-III
INTRODUCCION	IV-VI
INDICE.....	VII-XII
I.- LO INDIGENA.....	1-25
1.- El Dilema de Ser o No Ser.....	1-2
2.- ¿Qué significa ser indígena?.....	2-3
3.- ¿Qué significa ser indígena en El Perú?.....	3-4
4.- ¿Qué significa ser indígena para los expertos de las Naciones Unidas?.....	4-8
A) Para J. Martínez Cobo.....	4-6
B) Para Erica-Irene Daes.....	6-8
5.- ¿Qué significa ser indígena en el Foro Permanente?.....	8-11
A) El Indígena Puro.....	8-9
B) El Indígena Oriundo.....	9-10
C) El Indígena por Auto-identificación.....	10-11
6.- Indígena como Dualidad Universal.....	11-13
A) Visión Aymará-Bolivia.....	11-12
B) Visión Maori- Nueva Zelanda.....	12-13
7.- ¿Qué significa ser indígena para el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático?.....	13-14
8.- ¿Qué significa ser indígena para la Organización Internacional del Trabajo?.....	14-15

9.- ¿Qué significa ser indígena para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?.....	15-16
10.- ¿Qué significa ser indígena desde la Experiencia Norteamericana del <i>Dawes Rolls</i> ?.....	16-24
A) A Manera de Referencia <i>The Dawes Rolls</i>	17-19
B) Una Cuestión de Sangre: Quantum Blood Laws.....	19-22
C) Blood Quantum Laws: Problemas de Aplicación.....	22-24
D) Los Impostores y el Fraude.....	24
11.- Día Internacional de los Pueblos Indígenas: Mensaje de la Alta Comisionada de Derechos Humanos y el Relator Especial para asuntos Indígenas.....	24-25
II.- TRATAMIENTO DE LO INDÍGENA EN EL PERÚ.....	26-54
1.- Introducción.....	26
2.- Antecedentes.....	26-34
A) Etapa Incaica.....	27
B) Etapa colonial.....	28-31
a) Las Leyes de Indias.....	29-31
i) Propiedad de la Tierra.....	30
ii) Reconocimiento de los Ordenamientos Consuetudinarios.....	30-31
C) Etapa Republicana.....	31-34
a) Introducción.....	31-32
b) El Indio y La Igualdad ante la Ley.....	32
c) El Indio como Objeto sólo de Buenas Intenciones.....	32-33
d) Indio Democracia y Derecho a Voto.....	33-34

3.- Constituciones del Siglo XIX: Breve análisis.....	34-36
A) La Constitución de 1823.....	34-35
B) La Constitución de 1826.....	35
C) Las Constituciones de 1828 y 1834.....	35
D) Las constituciones de 1839 y 1860.....	35-36
E) La Constitución de 1856.....	36
F) La Constitución de 1867.....	36
4.- El Indio y las Constituciones Peruanas del siglo XX.....	36-53
A) Introducción.....	36-37
B) Comunidad VS Sociedad.....	37-38
C) Origen o antecedentes de la Comunidad Campesina.....	38
D) La Constitución de 1920.....	38-40
E) La Constitución de 1933.....	40-42
F) La Reforma Agraria: Campesino por Indio.....	42-43
G) De Tribus Selvícolas a Comunidades Nativas.....	44-47
a) Lo Indígena y el Itinerario histórico-Jurídico.....	44
b) Marchas y contramarchas por reconocimiento y dignidad.....	45-47
H) La Constitución de 1979: Leyes Complementarias.....	47-51
a) Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656).....	50
b) Ley de Deslinde y Titulación de Territorio Comunal (Ley 24657).....	50
c) Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva (Ley 22175).....	50-51
I) El Indígena y Código Penal de 1991.....	51
J) La Constitución de 1993.....	51-53

III.- INSTITUCIONES.....	54-88
1.- Auto-determinación.....	54-55
2.- Auto-identificación.....	55-56
3.- Consulta.....	56-57
4.- Consentimiento Libre, Previo e Informado.....	57-61
5.- Derecho Consuetudinario.....	61-66
A) La Costumbre.....	62
B) La Costumbre como Fuente de Derecho.....	62-63
C) Pero ¿Qué se entiende por Derecho consuetudinario?.....	63-64
D) Orígenes y Requisitos del derecho consuetudinario.....	64-65
a) Uso repetitivo y generalizado.....	64
b) Conciencia de Obligatoriedad.....	64-65
E) La Costumbre y el Derecho Internacional.....	65-66
6.- Derechos Colectivos.....	66-70
A) Los derechos colectivos en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	68-69
B) Ejercicio de los Derechos Colectivos.....	69-70
7.- Dignidad y Diversidad.....	70-73
A) La UNESCO y la diversidad cultural.....	71-73
8.- Espiritualidad y religiosidad.....	73-75
9.- Tierra y Territorio.....	75-81
A) Perspectiva del Estado.....	75

B) Perspectiva del Sistema Económico Imperante.....	75-78
C) Perspectiva de los Pueblos Indígenas.....	78-81
D) Perspectiva de la Declaración.....	81
 10.- Identidad e Identidad Cultural.....	.81-84
A) Identidad Cultural como factor de oposición.....	83-84
11.- "Proceso y Procedimiento Equitativo y Justo": Análisis.....	84-86
A) Lo equitativo.....	85
B) Lo justo.....	85-86
12.- Medidas: eficaces, especiales, apropiadas, necesarias, adecuadas y Legislativas.....	86-88
 IV.- LEGISLACION: Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	89-143
1.- El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Convenio Nro. 169 OIT	89-143
A) Introducción al Convenio Número 169.....	89-90
B) Antecedentes del Convenio Numero 169.....	90-92
C) Interpretación del Convenio Número 169 de la OIT: Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes 1989.....	92-143
 V.- LEGISLACION: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	144-209
1.- Conociendo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	144-209
A) A Manera de Introducción.....	144-145
B) Importancia de la Declaración.....	145-146
C) La Declaración y su carácter jurídico vinculante.....	146-148

D) La Declaración y sus Principales Detractores.....	148
E) Los Once que se Abstuvieron de Votar.....	149-150
F) Los cuatro que votaron en contra.....	150-152
G) Declaración de Derechos frente a Necesidad de Protección.....	152-154
H) Interpretación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	154-210
I) El Perú y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	210-212
CONCLUSIONES.....	213-215
BIBLIOGRAFIA.....	216

I.- LO INDIGENA

1.- El Dilema de Ser o No Ser

A diferencia de los primeros inmigrantes europeos, mal llamados colonos, que arribaron a la costa atlántica de América del norte, los conquistadores españoles no dejaron de mantener fuertes vínculos con la Corona. A ella podían retornar en cualquier momento no sólo por el placer de volver a la “madre patria” sino también para seguir atendiendo personalmente sus asuntos. Este hecho en particular, se convertiría en el resorte secreto de un fenómeno que traería consigo consecuencias sociológicas sin precedentes y cuyos efectos constituyen entre otros, el espíritu del dilema de nuestra identidad.

Frente a ello deviene la pregunta ¿Quién mejor que nuestra propia descendencia para velar por nuestros intereses? El invasor concretó su presencia y ratificó su autoridad no sólo a través de un mestizaje con los ojos puestos en España, sino también de la radical y sistemática negación del elemento indígena y de la erradicación de su identidad a como de lugar. Fenómeno que aún en nuestros días supervive y opera de oficio, algunas veces de manera burda y francamente expuesta y en la mayoría de los casos de manera subliminal, cuando no sutil o más elaborada.

Gracias a la propaganda y la publicidad transmitida por los medios de difusión masiva y al auge de la tecnología en materia informática, la mayoría de países latinoamericanos con marcada población indígena tienden a negarla y lo que es peor, a erradicarla bajo erráticas políticas de integración o asimilación forzada. A nivel individual ocurre básicamente algo parecido, el indígena tiende a negarse a si mismo adoptando no sólo nombres, estilos de vida y actitudes que no les son propias, sino que también sufre una negación existencial imprecando de todo cuanto le recuerde su verdadero origen y aferrándose a una cultura que no le pertenece.

A manera de anécdota, suelo referir la percepción que tuvo una colega alemana quien al encontrarse en Perú me refirió lo siguiente: *“Cuando miro la televisión u observo cualquier publicidad a mi alrededor (refiriéndose a paneles comerciales), parece que ellos estuvieran hablando de otro país que no es el Perú”... “¿Por qué la publicidad en tu país esta orientada a gente que se ve como extranjera?”* Para mí, ese fue el punto de partida de múltiples

observaciones sociales, tendientes a analizar pequeños detalles que antes habían pasado desapercibidos por la miopía que genera la cotidianidad.

En el Perú la mayoría de indígenas quiere ser cualquier cosa menos indio, y los que por “suerte” no lo son tanto, sienten pena o se avergüenzan de no ser tan blancos, ni llevar ojos claros o cabellos rubios como nuestros vecinos del norte o como algún “remoto antepasado” venido de Europa. El espejo social se ha convertido en una especie de tortura psicológica inconsciente, es como si en frente de él quisieramos ver la imagen de otro. El *chuyo*, propio de nuestra indumentaria indígena de la región andina, tuvo que ser exhibido en un desfile de modas en parís y usado por casi la totalidad de los europeos durante el invierno, para que recién vuelva a nosotros y lo reivindiquemos como parte de nuestro atuendo, más por moda e imitación que por necesidad de abrigo o identidad.

2.- ¿Qué significa ser indígena?

Antes de ofrecer un significado o ensayar una definición, es necesario hacer algunas precisiones de carácter fundamental:

- A nivel internacional la temática indígena se aborda como una categoría colectiva más que individual. En ese sentido se hace referencia preminentemente a pueblos o naciones indígenas, o tribales, antes que a indio o indígena como sujeto de derecho individualmente considerado. En este sentido, por ejemplo, *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), hace referencia a la persona indígena, como sujeto individual de derecho, sólo en sus artículos 1, 2, 6 y 7.
- Urge establecer que “pueblos indígenas”, “grupos étnicos” o “grupos minoritarios” (o minorías como se les conoce comúnmente) son categorías diferentes, aunque muchas veces presenten ciertos rasgos o características comunes. Los primeros y los últimos constituyen los dos rangos del espectro dentro del cual se instalan una amplia gama de

realidades que ameritan un tratamiento especial para determinar cual será el ámbito de aplicación y alcance de protección de uno u otro estatus.

- En un sentido amplio, parece haber consenso en que “pueblos indígenas” son aquellos pueblos que ostentan como distintivo el hecho de haber vivido en sus territorios desde tiempos inmemoriales y que “grupos minoritarios” son aquellos que se distinguen por el hecho de haber sufrido marginalización en los países que habitan en desventaja numérica; situación que no los convierte o les da la categoría de pueblos indígenas. Lo mismo ocurre con los “grupos étnicos” que no pueden ser considerados pueblos indígenas por el sólo hecho de ser étnica o culturalmente diferentes de la mayoría dominante.
- Todo intento por conceptualizar o definir la categoría de “pueblos indígenas” ha enfrentado serias dificultades. Sin embargo, por un lado están el Convenio 169 de la OIT (*International Labor Organization*) y la Propuesta de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of the Inter.-American Human Rights Comisión*) que han tenido éxito en lograr aproximaciones que les han permitido delimitar el ámbito de su aplicación y el alcance de sus beneficiarios; y por otro lado tenemos al ya desarticulado *United Nations Working Group* (encargado de elaborar los borradores de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas) y a la misma Declaración *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión del 13 de Septiembre de 2007; quienes lejos de esforzarse en lograr una definición de Pueblos Indígenas, parecen haber preferido la flexibilidad que les da la ausencia de una definición formal. Por el contrario, no sólo enfocaron su trabajo en, sino que apelaron al principio de auto-identificación (*Self-identification*) como un componente esencial de cualquier definición que pueda ser adoptada posteriormente.

3.- ¿Qué significa ser indígena en El Perú?

En el Perú, el término indio o indígena, tiene una doble acepción, por un lado es utilizado en sentido peyorativo para hacer referencia al individuo que fenotípicamente no muestra rasgos caucásicos y peor aún, personifica pobreza y marginalización, falta de educación y no muestra modales europeos. En otras palabras, desde esta perspectiva, un indio es un incivilizado, un

salvaje. Por otro lado, en un sentido desatinadamente académico, existe la tendencia generalizada de considerar indígena al individuo perteneciente a alguno de los pueblos o naciones originarias que habitan en la región amazónica. Desde esta lógica, sólo se es indígena si se es Shipibo o Ashaninka, por citar sólo algunos, y no se concibe la posibilidad de ser indígena si se pertenece a alguna de las comunidades localizadas en la región andina. Por ejemplo, hablar de indígenas en Puno, Ayacucho, Cajamarca o en la zona costera de la Libertad o Lambayeque, es un absurdo de oceánicas dimensiones. El quechua y el aymará “son campesinos”; el huanchaque y el naylamp, son “pescadores artesanales”.

Ser indio en el Perú, no sólo significa ser menos, es un insulto, una vergüenza, una desgracia; en tal sentido, antes que indio es mejor ser campesino o pescador y sentirse bien peruano, aunque al estado poco le importe mancillar, oprimir y exterminar la dignidad, identidad, cultura, creencias y conocimientos ancestrales de pueblos y naciones que existieron desde tiempos inmemorables, mucho antes de que éste fuera ideado y concebido como tal.

Desde esta perspectiva, la única presencia socialmente valedera para el indígena es aquella que lo reduce a ser la parte foldórica del estado, aquella que lo resume a la categoría de recurso humano, que le niega la posibilidad de hacer arte por dedicarse a la artesanía, de hablar una lengua por hablar un dialecto, de profesar religión por practicar paganismos.

El problema del indio en el Perú, hace mucho que dejó de ser solamente el problema de la tierra.

4.- ¿Qué significa ser indígena para los expertos de las Naciones Unidas?

A) Para J. Martínez Cobo (*first United Nations Special Rapporteur on the issue of discrimination against indigenous peoples*) El concepto de Pueblos Indígenas no ha tenido una fácil delimitación. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas, en el borrador de Declaración de 1993, concientemente decidió no brindar una definición; lo mismo ocurrió con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de 1997 (*Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples-1997/Inter.-American Human Rigths Commission*) quien consideró no oportuno delimitar un concepto de Pueblos Indígenas en lo que sería sólo un borrador o anteproyecto de Declaración.

Martínez Cobo aclara que la falta de éxito en este sentido, no obedece a la falta de esfuerzo y es por ello que a título personal, y en base a su amplia experiencia, ensaya lo que para muchos es la definición más apropiada:

Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con sociedades que se desarrollaron en sus territorios con anterioridad a la invasión y a la colonización, se consideran a si mismas distintas de otros sectores de la sociedad que ahora prevalece en sus territorios o en partes de él. Actualmente, ellas representan el sector no dominante de la sociedad y están determinadas a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y sus identidades étnicas, como la base de su continuidad existencial como pueblos, en armonía con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.¹

Pese al gran aporte que esta definición significa para la comunidad indígena internacional, existen quienes la critican por considerarla poco inclusiva. La propuesta de Martínez Cobo presupone y da por sentados algunos elementos que no necesariamente se verifican en las diversas realidades como por ejemplo: la invasión y colonización de los pueblos por potencias extranjeras, la auto-identificación del grupo como diferente de otros en la sociedad o estado en el que habitan, el estatus de no-dominante dentro de una sociedad o estado y la determinación de preservar sus territorios ancestrales.

Tomando como referente a la invasión y colonización Europea, tenemos que el concepto de Pueblos Indígenas estaría limitado a los pueblos de América y Oceanía dejando fuera a los pueblos indígenas del África, Asia y otras regiones que han sido oprimidos por sus iguales, es decir por pobladores de sus propios territorios o territorios vecinos y que hoy en día constituyen el grupo dominante. En lo que respecta a la auto-identificación del grupo, como grupo diferente del resto de la sociedad, tenemos que esto es factible o se verifica con ciertos pueblos que han optado por el aislamiento voluntario o con aquellos cuya condición de indígenas les otorga cierto estatus a nivel gubernamental, que los cualifica para acceder a beneficios estatales, como programas de

¹ Martínez Cobo J., *Harvard Human Rights Journal: the Issue of Definition*, en: www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss12/wiessner.shtml#Heading558, pág. 110

apoyo social, resarcimientos, compensaciones y becas. Un claro y mal ejemplo de ello, a nivel internacional, son los ampliamente conocidos con el apelativo de “los Indios de Ginebra”, ciudadanos latinoamericanos que enarbolan la causa del indigenismo y se autodefinen como indígenas para gozar de los beneficios, programas y becas que otorga la Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo Económico y Social (ECOSOC). Sin embargo países como el Perú, Colombia México; por citar solo algunos en donde la alienación y prácticas discriminatorias son bastante fuertes, auto-identificarse como indígena es un disparate, casi un suicidio social. Por otro lado, la condición de grupo no-dominante dentro de una sociedad o estado, en definitiva abarca la experiencia de la mayoría de pueblos indígenas alrededor del mundo, sin embargo esta inclusión en la definición de Martínez Cobo puede excluir a aquellos grupos indígenas que recientemente han alcanzado preeminencia de estado-nación, como ocurre con los pueblos indígenas de Fiji (*indigenous Fijians*). Por último, la determinación de preservar territorios ancestrales, expuesta en la definición de Martínez Cobo, podría excluir a aquellos pueblos indígenas que han sido removidos de sus territorios (voluntaria e involuntariamente) y que hoy, pese a estar viviendo en áreas urbanas aún mantienen su identidad, costumbres e instituciones ancestrales. Como ejemplo tenemos el caso de Colombia y Perú cuyas poblaciones indígenas tuvieron que migrar hacia áreas urbanas como consecuencia de la violencia desatada por el estado, grupos paramilitares y la guerrilla. Otro claro ejemplo de lo antes expuesto lo constituye la comunidad Wayúu, la misma que abandonó su territorio tradicional ubicado en la frontera Colombo-Venezolana para trasladarse a vivir en Maracaibo Venezuela.

B) Para **Erica-Irene Daes** (*Chairperson-Rapporteur of the United Nations Working Group on indigenous population*) Lo pertinente de una definición pasa necesaria por revisar el fondo del asunto. No debe verse al concepto de pueblos indígenas como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio. Desde una perspectiva más conservadora, lejos de dar una definición, la experta ofrece algunos factores relevantes que deberían ser tomados en cuenta para el entendimiento del término “Indígena”. Estos factores son:

- Primero en el tiempo con respecto a la ocupación y al uso de un territorio específico;

- La perpetuación voluntaria de su distinción o diferenciación cultural, la misma que puede incluir y no se limita a lenguaje, organización social, conocimientos ancestrales, religión, valores espirituales, modos de producción, leyes e instituciones tradicionales;
- Auto-identificación, así como el reconocimiento como indígena por parte de otros grupos, comunidades, pueblos o inclusive el estado mismo; y
- Haber experimentado la subyugación, marginalización, haber sido desposeídos, excluidos o discriminados independientemente de si estas condiciones aún persisten.

Los factores sugeridos por la experta Erica-Irene Daes tienen amplia aceptación no sólo por su flexibilidad sino también por su sentido común. El primer criterio de, “primero en el tiempo”, no sólo concuerda con el uso común del término sino también con la mayoría de definiciones encontradas en los diccionarios de uso académico. El término de Pueblos Indígenas se toma como sinónimo de pueblos originarios, en tal sentido pueblos indígenas son aquellos pueblos característicos de una región, oriundos por haberse originado en ella. La palabra indígena, tiene su raíz en el Latín *“Indigenae”* que indica a una persona nacida en un lugar específico. En oposición tenemos al término *“advenae”* que refiere a la persona venida de cualquier parte. Por otro lado, algunos expertos estiman que a los factores de distinción o diferenciación voluntaria, auto-identificación, reconocimiento y opresión; se debe agregar uno de vital importancia y que no ha sido tomado en cuenta y es el fuerte e indestructible lazo que los pueblos indígenas sienten por sus territorios ancestrales. A manera de ejemplo, cito una de las entrevistas que sostuviera con Mercedes Saucedo Rios, líder de la Comunidad Indígena de Michiquillay (Cajamarca-Perú), quien por defender los derechos de su comunidad, fue acusado, procesado y detenido injustamente, por los delitos de daños, “narcotráfico” y “terrorismo”, en agravio del estado peruano y la empresa minera que opera indebidamente dentro de territorios comunales. Frente a tales injusticias se le ofreció la figura del asilo político para salvaguardar su vida y la de su familia, a lo que el referido indígena respondió: *“¿Que voy a hacer en Europa? Esta tierra es todo lo que tengo y quiero... es mi vida y la de mi familia”*

5.- ¿Qué significa ser indígena en el Foro Permanente?

Después de la Asamblea General, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas², es el evento anual de mayor trascendencia e importancia para todos los pueblos indígenas del mundo. A él concurren los representantes de los estados, los representantes de las organizaciones no gubernamentales, los representantes de los pueblos indígenas del mundo, observadores y periodistas internacionales debidamente acreditados. Es en ese entorno en el que aprovechando, la presencia de todos los representantes de los pueblos indígenas del mundo, se han recogido diversas opiniones que sistematizadas de manera adecuada, tratando de preservar integridad y coherencia, han dado lugar a las siguientes versiones:

D) **El Indígena Puro (*ius sanguini*)**

Un sector importante de los representantes de los pueblos indígenas, en el Foro Permanente, no afirma categóricamente pero tampoco niega el que, sólo deben ser considerados verdaderamente indígenas aquellos cuya sangre o raza no ha sufrido mezcla alguna, esta perspectiva es una distorsión de lo que a nivel internacional podría significar la aplicación del principio del *ius sanguini*. Desde esta lógica racial/sanguínea, que vendría a ser una especie de racismo hitleriano a la inversa, se tiene que cuando los españoles arribaron al *nuevo mundo*, siguiendo un tanto la confusión histórica de Cristóbal Colón, se refirieron a sus habitantes como indígenas. En este sentido quedó “claro” que eran indígenas para las Américas sólo sus habitantes originarios, mientras que los europeos no. Fue tiempo más tarde, que los descendientes de los europeos nacidos en América empezaron a considerarse a si mismos como indígenas en relación a estas tierras; sin embargo los únicos y verdaderos indígenas, de acuerdo a este importante sector de representantes, son aquellos que nacieron en estas tierras y no tienen ancestros que hayan venido de algún otro lugar y menos aún de Europa.

² Foro Permanente para las cuestiones indígenas de la ONU, creado por resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2000; es un organismo asesor del Consejo Económico Social, que tiene el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente, y los derechos humanos.

E) El Indígena Oriundo (*ius Soli*)

Esta perspectiva menos radical no sólo es ambigua sino también confusa, ya que bajo este razonamiento la mayoría de personas en el mundo serían indígenas respecto de la tierra que los vio nacer, en virtud del principio de territorialidad *ius territorial*. Son indígenas de sus territorios por que nacieron allí y descienden de alguien que nació allí. Pero al hecho de haber nacido en sus tierras se agregan otros factores de vital importancia y son el hecho de permanecer aún allí y haber sido los primeros en ocuparla. Este criterio es valido para identificar como indígenas a aquellos pueblos que han sido colonizados por potencias extranjeras, como ocurrió con los indígenas de las Américas, los aborígenes de Australia o los Maoris de Nueva Zelanda; siendo un criterio de dudosa aplicación para la realidad de Europa, Asia o África. En estos continentes, los pueblos originarios han vivido de manera nómada por miles de años, disputándose no sólo la tierra sino también el derecho de haber sido los primeros en ocuparla.

En África es particularmente difícil distinguir entre pueblos indígenas y otras minorías étnicas. Algunos pueblos africanos, por ejemplo, son convencionalmente considerados una tribu foránea en su propio país, como ocurre con los indígenas del desierto de Kalahari (*The Bushmen*), los Pigmeos del bosque de Ituri en Zaire y los nómadas del Sahara o los que van siguiendo a sus hordas en el este de África. Es oportuno traer a colación, que existen pueblos indígenas que han sido conquistados racial, étnica o culturalmente por pueblos diferentes y por lo tanto han sido subordinados o incorporados a estados extranjeros en los que reciben un trato diferente y muchas veces son considerados inferiores.

F) El Indígena por Auto-identificación

Recuerdo que con motivo de la realización del Foro Permanente fue invitada, a la sede de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York, una delegación peruana compuesta por seis personas: tres líderes y activistas representantes de nuestros pueblos de la región sur (Ayacucho y Puno) y tres congresistas indígenas del Perú; dos de ellas representantes de la región Cuzco y un

congresista por Puno³. Es importante señalar, a manera de anécdota, que para uno de nuestros líderes resultaba algo incomodo hacerse llamar indígena: El era “ingeniero titulado” y aunque hablaba quechua y trabajaba fervientemente por y en defensa de su comunidad, prefería que se refiriesen a él de cualquier modo menos tildándolo de indígena. Al menos esa fue la advertencia dada a mi persona por uno de los miembros de la delegación que lo conocía bastante bien. En este sentido, nuestro grupo de asesores tuvo sumo cuidado de no incluir dentro de sus declaraciones, nada que pudiera hacerlo sentir incómodo. Ya en el seno del Foro y estimulado por las declaraciones de otros hermanos indígenas, saliéndose de su propio libreto pero manteniendo sus mismos argumentos expresó en reiteradas oportunidades: *“Por que nosotros los pueblos indígenas...”* *“Como indígena que soy...”*, etc. Finalizado el Foro, y ya en una reunión de camaradería, fue felicitado por su intervención y preguntado por uno de los integrantes de nuestra delegación: *“¿Hermano y usted desde cuando es indígena?”* Todos los presentes echamos a reír histéricamente, a lo que el susodicho manifestó: *“Recién hoy comprendo la verdadera dimensión del término... Desde hoy me declaro indígena para todo cuanto se refiera a nuestra justa causa.”* Todos acompañamos su interlocución con un fuerte y efusivo aplauso.

Otra anécdota curiosa, que ilustra perfectamente el principio de la auto-identificación, ocurrió con motivo de la visita de otra delegación. El estudiante de antropología de aquel entonces, hoy convertido en un experto del tema indígena, declaró años más tarde: *“Una de las primeras y más significativa experiencia del Foro Permanente, fue observar a un ciudadano afro americano “común y corriente” (debo confesar que mi observación fue a priori y desde una perspectiva colmada de perjuicios, estereotipos raciales y saturada de una tremenda ignorancia académica) vistiendo un fabuloso atuendo ceremonial Navajo, tocando el tambor y entonando una canción en una lengua aborigen. Mi primera impresión fue la de expresar a mi interlocutor: si este afro americano es Navajo, entonces yo soy la Madre Teresa... Mi anfitrión algo sorprendido por semejante disparate, me sugirió revisar los principios de auto-determinación y auto-identificación...”*

³ Cabe resaltar la destacada e importante actuación de la hermana Hilaria Supa Huamán, quien cumplió con una apretada agenda, no sólo denunciando ante el Foro las violaciones a los derechos humanos en el Perú, sino también brindando declaraciones, ofreciendo conferencias (una de las cuales fuera televisada en la Universidad de Müllenberg) y no sólo reuniéndose con el representante del estado peruano ante las naciones unidas y líderes indígenas internacionales como Adelard Blackman y Robby Romero, sino también con la comunidad peruana inmigrante en el estado de Pensilvania.

Como veremos más adelante, la auto-identificación como indígena poco tiene que ver con la cuestión sanguínea o racial, sin embargo en algunos países europeos o de la región americana, como los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, donde existen programas gubernamentales que brindan ciertos beneficios -a manera de reparar los crímenes cometidos y la deuda histórica pendiente- es muy importante determinar quién califica como indígena para hacerse acreedor a los mismos. En este sentido los cuantums de sanguinidad o porcentajes de raza, determinados por los escalones genealógicos que separan al candidato de un ancestro indígena juegan un papel muy importante.

6.- Indígena como Dualidad Universal.-

C) Visión Aymará-Bolivia

En el mes de enero del año 2007 fui invitado, como parte de una delegación internacional -venida de países europeos, Estados Unidos y Canadá-, a la celebración del primer año de gobierno del hermano presidente indígena aymará Evo Morales Ayma. Aquella oportunidad tuve el honor y gran placer de conocer al Presidente del Consejo de Amautas de la Nación Tyawanaku: **Taita Lucas**. Hombre de humildad extrema, amplia trayectoria y extraordinaria sabiduría ancestral; asesor espiritual de la más alta dirección y quien a la fecha de nuestra visita venía ejerciendo el cargo por más de 10 años consecutivos. En los 11 días que duro nuestra visita como delegación, personalmente tuve la oportunidad y el honor de ser su amigo (pues el término hermano me quedaba muy grande para con él), y me las arreglé para viajar junto a él, compartir experiencias, participar en ceremonias espirituales, hablar sobre la *Coca Mama*, las profecías de Tupac Katari, los movimientos de resistencia indígena, la guerra del Chaco, pero por sobre todo, aproveché para nutrirme de esa su sabiduría ancestral, que va más allá de la era cristiana y trasciende los fundamentos religiosos y políticos de la iglesia, y la creación de los estados modernos.

Fue en este contexto que pudimos reflexionar respecto a lo que hoy en día significa ser indígena: “*Al indio parecen haberle robado el espíritu*” “*Se lo soplaron lejos... y sólo dejaron lo que ha quedado de él... Un ser abandonado dizque a la buena voluntad, del hombre más ambicioso de la*

tierra...Un hombre que todo lo quiere poseer, que todo lo quiere dominar, olvidándose de que él no es más que un pequeño hilo en la trama de la vida” “El indígena es una dualidad universal, es espíritu obrando su materia, buscando trascender, respetando la obra suprema del Taita Creador” “El problema del mundo es creer que somos seres humanos teniendo experiencias espirituales, sin comprender que somos seres espirituales teniendo experiencias humanas... Eso es lo que somos ... Nada más... Nada más.”

D) Visión Maori- Nueva Zelanda

A continuación se expone lo que significa ser indígena en las palabras de la representante Te Rua Winiata:

Todos nosotros hemos venido aquí bajo el rótulo de pueblos indígenas. Mientras reconocemos algunas similitudes, reconocemos también mucho más diversidad. Sin embargo nuestra diversidad y diferencias fortalecen nuestras relaciones lejos de constituir un problema. Durante este tiempo hemos hablado acerca de un modo de ser, un modo de vida indígena siendo holístico. Aún no estoy segura que significa eso.

Para mi como Maori de Aotearoa, mi entendimiento de un enfoque holístico de la vida, pasa necesariamente por reconocer que para mí básico y total bienestar necesita existir un equilibrio entre lo espiritual (*Taha Wairua*), lo físico (*Tinana*), lo emocional (*Te Hinengaro*) y la familia e identidad (*Te Whanau*). En mí existe un reconocimiento de la relación que existe entre la tierra y el cielo y todo lo que se encuentra entre ellos y aprendí como yo soy parte de un todo. En ese sentido yo puedo afirmar que pertenezco a la tierra y no la poseo ni domino. Yo entiendo que mi relación con la creación significa que tengo una tremenda responsabilidad de cuidar a Papatuanuku (la madre tierra) quien me provee

de los recursos que necesito para vivir. Destruirla innecesariamente o tomar más de lo que necesito de ella, es caminar por el sendero de la auto-destrucción⁴.

7.- ¿Qué significa ser indígena para el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático?

Según el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático (Montreal-Canadá), el término indígena se refiere a aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida, que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban en un área específica antes de la llegada de otros grupos. Como ya hemos visto anteriormente, esta definición es valedera para América del norte, del centro y del sur y para ciertas regiones del Pacífico. Sin embargo en gran parte del mundo, no se distingue entre la época en la cual los pueblos tribales u otros pueblos tradicionales habitaron una región y el momento de la llegada de otros grupos. En África por ejemplo no existe evidencia de que los Maasai, los Pigmieos o los San, pueblos que presentan rasgos sociales, económicos y culturales propios, hayan llegado a la región que hoy habitan antes que otras poblaciones africanas. Lo mismo ocurre en ciertas partes de Asia.

8.- ¿Qué significa ser indígena para la Organización Internacional del Trabajo?

La Organización Internacional del Trabajo aborda la temática desde una perspectiva dual, la perspectiva de pueblos indígenas y tribales. Esto obedece a que cuando la OIT, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, empezó a trabajar sobre la temática indígena, decidió hacerlo desde esta doble dimensión: pueblos indígenas y tribales con la finalidad de abarcar una situación social y no con la finalidad de establecer una prioridad basada en los antepasados que

⁴ Te Rua Winiata es una representante indígena de Aotearoa-Nueva Zelanda. En Julio del 2007 fue participante en la WCC Consultation: *Pueblos Indígenas; Sabiduría e Identidad*, llevada a cabo en la ciudad de Quezon, Filipinas. Dicho evento contó con la presencia y participación de representantes de Australia, Canadá, Noruega, Burma, Taiwan, Papúa del Oeste, Timor, Tailandia, India, Filipinas y Nueva Zelanda.

habrían ocupado una determinada área territorial primero. Otra de las motivaciones de fondo para esta dualidad es que el término descriptivo *tribal*, referido a ciertos pueblos, tiene mejor aceptación por parte de los gobiernos que la descripción de esos mismos pueblos como indígenas.

La Organización Internacional de Trabajo, a través del Convenio 169, nos dice que 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 la del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.⁵

Cabe señalar que si bien es cierto el Convenio 169 alude a los términos de indígenas y tribales, semánticamente distintos, no existe ninguna diferencia en cuanto a su tratamiento. Es decir que, en lo que a la aplicación del convenio se refiere, ambos son idénticamente iguales ostentando los mismos derechos.

Por otro lado, haciendo un análisis estricto del artículo 1 literales a) y b) del Convenio, se tiene que las diferencias entre comunidades indígenas y tribales son sólo una cuestión de forma y no de fondo.

Por un lado tenemos a la categoría de tribal que hace referencia o alusión a condiciones de carácter social, cultural y económicas, que hacen de la tribu una entidad *diferente* a otros sectores de la población. Y por otro lado tenemos que para el caso de pueblos indígenas estas condiciones también están presentes, agregando a ellas una cuarta condición: la condición política.

En lo que a poblaciones indígenas se refiere, el convenio no expresa la situación “de *diferente* con respecto a otros sectores de la población”. Sin embargo esta diferencia se disierne en virtud de una interpretación sistemática, es decir esta implícita en el artículo en mención. Otras diferencias no sustanciales que se pueden evidenciar en esta interpretación, son aquellas referidas a la mención expresa de la descendencia genealógica y la territorialidad, ambas relacionadas a

⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, *Convenio 169: Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Parte I, Artículo 1, Numeral 1, Literal b.

poblaciones ancestrales matrices, situación que no se contempla cuando se hace referencia a pueblos tribales.

A manera de conclusión resta señalar que el Convenio 169 lejos de dar una definición nos facilita una interpretación y nos dice a quienes se les considera, o podría considerar indígenas. Dicho de otro modo la Organización Internacional del Trabajo, a través del Convenio 169, no define quienes son pueblos indígenas y tribales, sino más bien proporciona elementos para ayudar a los gobiernos a establecer a quienes se les aplica el Convenio. Parece ser que la flexibilidad de carecer de una definición formal no sólo facilita el trabajo sino que evita la arbitrariedad. En el caso de la Organización Internacional del Trabajo y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático, se tuvo siempre presente que una definición de quienes son indígenas y tribales limitaría y privaría a algunos de estos pueblos de los derechos que este Convenio les otorga.

9.- ¿Qué significa ser indígena para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?

Una de las críticas efectuada por los Estados Unidos de Norteamérica y que fuera esgrimida como una razón de peso para oponerse a la Declaración fue el hecho de que ésta no tiene una clara definición del concepto de "pueblos indígenas", ni de lo que exactamente intenta abarcar. A diferencia del tratamiento dado por el gobierno norteamericano a la cuestión indígena, la Declaración no puede darse el lujo de excluir a nadie vía definición. Una declaración de carácter universal tiende a la generalidad y evita ser específica en cuanto a definiciones pues sería imposible abarcar las diversas realidades existentes. Tal es así que, lo que la Declaración hace es proporcionar criterios de validez universal, los mismos que deben adecuarse y conjugarse de acuerdo a la realidad concreta de cada situación específica. En este sentido, si tomamos como modelo a seguir el ejemplo norteamericano de la famosa institución *Dawes Rolls*,⁶ para bregar con la cuestión indígena, tenemos que serían muchos los pueblos indígenas relegados. Si bien es cierto que con el estilo norteamericano todo sería mucho más simple y nos ahorraría grandes dolores de

⁶ Mayor información a cerca de The Dawes Rolls: *Final Rolls of the Citizens and Freedmen of the Five Civilized Tribes in Indian Territory* <http://www.archives.gov/genealogy/tutorial/dawes/>

cabeza, también es cierto que no sería precisamente justo, al menos que el espíritu de la declaración sea evadir compromisos internacionales y eludir responsabilidades históricas. En este orden de ideas y siguiendo la lógica de una interpretación no solamente literal sino también sistemática e integral de todo el sistema internacional, tenemos que el principio de auto-identificación y la conciencia de su identidad indígena son el criterio de mayor autoridad y fundamento base para determinar quien puede ser o no considerado como indígena.

10.- ¿Qué significa ser indígena desde la Experiencia Norteamericana del *Dawes Rolls*?

La practicidad con la que los Estados Unidos de Norteamérica ha pretendido remediar el problema histórico de la cuestión indígena a través de la experiencia de la institución *Dawes Rolls*, en verdad es digno de análisis.

A manera de referencia se tiene que para el gobierno de los Estados Unidos el tema de ser o no ser indígena sugiere un trasfondo que, si no es eminentemente económico-patrimonial, por lo menos propone una reparación moral, por la deuda histórica que dicho gobierno mantiene con los pueblos indígenas que fueron objeto de sus atrocidades.

Para Washington, no es suficiente el principio de auto-identificación. Es decir que frente al: “*I am Goyaalé, Apache-Chiricahua*”⁷ (Yo soy Goyaalé, indio Apache chiricahua) se contrapone el “*You are free to self-identify as anything you'd like... But*” (Eres libre de identificarte como mejor te parezca... Pero) Pero si no tienes la cuota de sangre requerida, no eres aceptado por una de las tribus “oficialmente reconocidas” por el gobierno de los Estados Unidos, o no posees tu certificado de sangre; frente al gobierno Americano no tienes ningún derecho como indígena. Es decir que el gobierno Norteamericano pretende regular o decidir “oficialmente” quien es o no es indígena, sin considerar que lo indígena va más allá de sus modernas estructuras y tratados.

⁷ **Jerónimo** fue un jefe de los indios apaches de Norteamérica. Nacido el 16 de junio de 1823 y fallecido el 17 de febrero de 1909, y su nombre en lengua chiricahua fue **Goyaalé**, que significa «uno que bosteza», nombre que su padre le dio debido a que de pequeño estaba cansado con frecuencia. <http://es.wikipedia.org/wiki/Gerónimo>

E) A Manera de Referencia *The Dawes Rolls*

Conocida en inglés como: “*Final Rolls of Citizens and Freedmen of the Five Civilized Tribes*” o “*Dawes Commission of Final Rolls*” que bien puede ser traducida como “Relación de los Ciudadanos y Hombres Libres de las Cinco Tribus Civilizadas”.

Esta relación que tuvo el formato físico de rollos, de ahí su nombre, fue creada por la comisión Dawes, la cual fue instituida por el congreso de los Estados Unidos durante el mandato del presidente Grover Cleveland en 1893.

El nombre de Comisión Dawes fue otorgado en honor a su presidente Henry L Dawes. La Ley Dawes o *Dawes Act*, también conocido como *General Allotment Act* (ley general de asignación o adjudicación) fue parte de un programa o iniciativa federal (1887-1934) para “civilizar” a los Nativos Americanos forzándolos a asumir la cultura occidental y a reconocer y ejercer sus prácticas legales. La estrategia de esta ley fue bastante efectiva, consistió en dividir las tierras ocupadas por las tribus en forma de posesión colectiva y hacerlas parcelas de propiedad individual. Estas parcelas fueron asignadas a los individuos que pudieron probar su pertenencia a una de las 5 tribus consideradas civilizadas, pudiendo el remanente de estas tierras ser vendido a colonos no indígenas. De este modo, las tribus fueron incitadas a establecer sus propios criterios de membresía, en algunos casos enfrentando a sus miembros entre si, para luego proponer las cuotas de sangre como parte del proceso de aceptación y pertenencia del candidato.

Para el gobierno de los Estados Unidos, sólo existían cinco naciones o “tribus civilizadas”: Los Cherokee, Choctaw, Creek, Chickasaw y los Seminole. La Comisión Dawes fue creada con el único propósito de “negociar”, con estas cinco tribus, un acuerdo de asignación de sus propias tierras y la disolución del sistema de reservaciones que no fue otra cosa más que un sistema de campos de concentración. Una de las consecuencias fue la creación de listas con el nombre de los miembros de las cinco tribus. Estas listas fueron muy necesarias para el “reparto equitativo” no sólo de las tierras sino también de todos los ingresos obtenidos por otros conceptos.

La Comisión visitó en persona las diferentes tribus para obtener una lista de sus miembros, pero este primer intento no tuvo el éxito esperado por lo que el Congreso aprobó la Ley de Curtis en 1898, que tuvo por finalidad implementar un nuevo sistema de listas que reemplace todas las listas previas. En estas nuevas listas los indígenas fueron enrolados bajo diferentes categorías dentro de las cuales resaltan las más importantes como: Ciudadano Indio por Sangre, Ciudadano Indio por Sangre Recién Nacido, Ciudadano Indio por Sangre Menor de Edad; Ciudadano Indio por Matrimonio; Ciudadano Indio Liberado e Indios Delaware (quienes fueran adoptados por los Cherokee y fueran enrolados bajo una categoría diferente).

Un dato importante es que la Comisión atendió más de 250,000 solicitudes de membresía pero sólo fueron acogidas 100,000. Después que el Congreso mediante ley del 26 de Abril de 1906, dispusiera el cierre oficial de las listas el 5 de Marzo de 1907, 312 personas más fueron acogidas por una ley aprobada el 1ro de agosto de 1914.

Pese al relativo éxito que esta política de “reparación” y “reivindicación” pueda reclamar para si desde la perspectiva del gobierno, existieron quienes no cayeron en el juego o el espejismo de una limosna entregada a manera de recompensa. Algunos indígenas simplemente no tomaron en cuenta el proceso por considerarlo una grosera forma de justificar el robo de sus tierras. “Es como si el ladrón viniera a devolvernos sólo parte de lo que nos robó, aquella parte que no le sirve más y lo que es peor, nos enfrente a nosotros mismos creando una expectativa de devolvernos un bosque, cuando en realidad lo único que estuvo dispuesto a entregar fueron 4 troncos para fabricar una mesa, en la que no habrá alimento mucho menos dignidad”

Dentro de los indígenas más notables que se resistieron al proceso de la Comisión Dawes están Muscogee Chitto Harjo Crazy Sneak y Cherokee Red Bird Smith. Ambos Harjo y Smith fueron obligados a inscribirse en las listas de la Comisión Dawes; pero algunos indígenas de pura sangre (full-blood Indians) para evitar la coerción y la represión pasaron a la clandestinidad y huyeron a esconderse a las montañas Cookson (Cookson Hills).

En general, y sin considerar sus verdaderas motivaciones, muchas de las personas utilizan la Relación Dawes o Dawes Rolls para demostrar su pertenencia a una determinada tribu y

adquirir oficial el estatus de Indígena. De hecho el gobierno de los Estados Unidos usa estos documentos para determinar el estatus indígena de una persona y otorgarle el Certificado de Grado de Sangre India (*Certificate of Degree of Indian Blood*).

De lo antedicho se desprende que en los Estados Unidos, incluso hoy en día, existen dos grandes categorías de indígenas: el indígena oficialmente reconocido por el gobierno y el indígena que prescinde de todo tipo de reconocimiento oficial, pero que sin embargo no necesita de tal para seguir siendo indígena y en su persona aún mantiene vivo el honor de ese grupo de indígenas cuyo espíritu aún fluye en las entrañas y las cumbres de Cookson Hills.

F) Una Cuestión de Sangre: Quantum Blood Laws

Las leyes del “quantum de sangre”, es un sistema término amplio que intenta cubrir o se usa para describir a toda la legislación promulgada para definir la pertenencia a los diferentes grupos de Indígenas Americanos. El Quantum de Sangre esta orientado a calcular el grado de pureza de la raza o la herencia genética de un determinado individuo.

Cualquier discusión respecto al Quantum de Sangre debe ser entendido en su sentido metafórico, puesto que un quantum o cantidad de raza o herencia no puede ser determinado físicamente. Debido a su naturaleza abstracta la cuota de sangre debe ser entendida desde un punto de vista histórico, legal, cultural o sociológico si se quiere, pero no debe ser aplicado en el amplio sentido de la palabra pues ello generaría confusión, una desnaturalización del proceso y una distorsión de la realidad concreta. Un claro ejemplo de lo absurdo que podría ser una mala interpretación de la cuota de sangre se deriva de la pregunta: ¿Puede el quantum de sangre ser aumentado o disminuido mediante una transfusión? O peor aún, si una persona indígena de 200 libras de peso es (de acuerdo a la clasificación de la cuota de sangre) 1/2 Navajo y 1/4 Cherokee y 1/4 Shoshone, eso no significa que dicha persona sea 100 libras Navajo y 50 libras Cherokee y 50 libras Shoshone. Como una metáfora en vez de una realidad concreta, la cuota de sangre de un grupo puede ser y de hecho ha sido elevada o disminuida atendiendo a su árbol genealógico y dependiendo del consenso del grupo o la tribu a la que pertenece. La cuota de sangre se ha implementado como una especie de corrección histórica, debido a las imprecisiones técnicas de los procesos y la

documentación producida. Existe un interesante debate respecto de la Ley Howard Wheeler⁸, el cual es muy ilustrativo en la medida que advierte a la cuota de sangre como un dispositivo legal efectivo para crear un “menor numero de indios” ergo disminuir la obligación del gobierno frente a su responsabilidad.

En la actualidad muchas de las tribus indígenas siguen empleando la cuota de sangre como mecanismo para determinar a sus miembros, de igual modo les requieren que alguno de sus antepasados se encuentre registrado en un censo específico entre la segunda mitad de los años 1800 y la primera mitad de los años 1900. A manera de ejemplo se tiene que, la Eastern Band Of Cherokee Indians of North Carolina (Los Indios Cherokee del lado Este de Carolina del Norte) requieren un ancestro registrado en el Censo Baker de 1924 y 1/16 de sangre india Cherokee. Por otro lado los Indios Cherokee del lado Oeste requieren un “antepasado directo” registrado en la Dawes Rolls de 1906 y no requieren ninguna cuota o quantum de sangre.

Algunas tribus requieren una porción no específica de ascendencia India (conocido como descendencia lineal), mientras que otras requieren un grado específico de ascendencia India, pero un grado no determinado de ascendencia de la tribu ancestral de donde la tribu moderna se deriva. Esto se debe a que ciertas tribus modernas son verdaderamente confederaciones compuestas de gente indígena de diferente origen o raíz, que se han unido en una sola entidad étnico-política moderna. También existen tribus que requieren un mínimo grado o cuota de sangre indígena sólo a aquellos miembros que nacen fuera de la reservación, articulando sus sistemas a los principios de *Jus Soli* y *Jus Sanguinis*⁹ utilizados por estados modernos para determinar la nacionalidad o ciudadanía de sus miembros. En términos generales, la mayoría de las cuotas o quantums de sangre requeridos entre las tribus americanas modernas es de ¼ de sangre indígena o lo que se conoce como descendencia directa o lineal.

⁸ Congressional Record Wheeler Howard Act Debate. **Wheeler-Howard Act** o conocido informalmente como, the **Indian New Deal**, (el Nuevo Acuerdo Indio) en http://en.wikipedia.org/wiki/Indian_Reorganization_Act

⁹ **Ius Soli** (del latín, significa derecho del suelo o del lugar). Es un criterio jurídico para determinar la nacionalidad de una persona por el hecho de haber nacido dentro de un determinado país. El **Ius Sanguinis** (del latín, significa derecho de sangre) Mediante este derecho la persona adquiere la nacionalidad de los familiares, el padre, la madre, el esposo o la esposa, etc. Muchas veces puede ser contrario y contradictorio con el Ius Soli. Puesto que mediante la aplicación de estos dos principios una persona puede tener derecho a varias nacionalidades. Hay países, como por ejemplo, Francia, donde se reconoce el ius soli y el ius sanguinis.

A manera de ejemplo se tiene que: en los Estados Unidos de Norteamérica.

- a) Las siguientes tribus requieren un ½ como grado o cuota de sangre para ser miembros
 - [Miccosukee Tribe of Indians of Florida](#)
 - [Mississippi Band of Choctaw Indians, Mississippi](#)
 - [St. Croix Chippewa Indians of Wisconsin](#)
 - [United Keetoowah Band of Cherokee Indians](#)
- b) Las siguientes tribus requieren un 1/8 como grado o cuota de sangre para ser miembros
 - [Apache Tribe of Oklahoma](#)
 - [Confederated Tribes of the Siletz Reservation, Oregon](#)
 - [Fort Sill Apache Tribe of Oklahoma](#)
 - [Karuk Tribe of California](#)
 - [Muckleshoot Indian Tribe of the Muckleshoot Reservation, Washington](#)
 - [Northwestern Band of Shoshoni Nation of Utah \(Washakie\)](#)
 - [Sac & Fox Nation of Missouri in Kansas and Nebraska](#)
 - [Squaxin Island Tribe of the Squaxin Island Reservation, Washington](#)
 - [Suquamish Indian Tribe of the Port Madison Reservation, Washington](#)
 - [Upper Skagit Indian Tribe of Washington](#)
 - [Wichita and Affiliated Tribes \(Wichita, Keechi, Waco & Tawakonie\), Oklahoma](#)
- c) Las siguientes tribus requieren un 1/16 como grado o cuota de sangre para ser miembros
 - b)** [Confederated Tribes of the Grand Ronde Community of Oregon](#)
 - c)** [Mashantucket Pequot Tribe of Connecticut](#)
 - d)** [Sac & Fox Nation, Oklahoma Eastern Band of Cherokee Indians of North Carolina](#)

G) Blood Quantum Laws: Problemas de Aplicación

La aplicación de la Ley de la Cuota de Sangre ha traído consigo una serie de efectos no deseados, como un impacto negativo en el acceso a la vivienda, salud y educación. Por otro lado, esta ley se basa o toma como principio operativo el aislamiento y la segregación racial de y hacia un determinado grupo entre los propios miembros del mismo; en otras palabras la aplicación de la Ley de la Cuota de Sangre en los Estados Unidos, ha generado racismo y una especie de discriminación en sentido inverso en lugar de promover una sociedad de respeto y tolerancia.

Los críticos de la Ley afirman que ésta ha sido usada para discriminar a los afroamericanos y los Indígenas, a quienes se les ha negado sus derechos civiles y se les ha impuesto una serie de requerimientos para determinar oficialmente quien es o quien no es un Indígena. Grupos como los Cherokee Freedman (los hombres libres Cherokee) y otros, denuncian haber sido objeto de violación en sus derechos tribales mediante la aplicación de la ley de cuotas de sangre. Algunas de las listas o relaciones de miembros registran a los afroamericanos simplemente como negros, sin considerar que muchos de ellos han sido, son o intentan ser miembros de la tribu no sólo por el hecho de haber pertenecido a ellas e incluso por poseer vínculos genéticos con ellas.

Otra de las críticas efectuadas a la Ley, es que la cuota de sangre no puede incrementarse de generación en generación, ella puede permanecer igual o decrecer en el futuro, por lo tanto la consecuencia lógica de esta política es la tendencia a la desaparición de la raza americana, es decir la raza de los indígenas americanos como un grupo oficialmente reconocido.

Algunos argumentos a favor esgrimen que gracias a esta ley, las tribus pueden establecer sus propias reglas para determinar la membresía en sus respectivas tribus y ello implica que pueden o no tomar la cuestión de la cuota de sangre como un requerimiento de aceptación o no del miembro; por otro lado, la ley federal de la cuota de sangre continua trayendo beneficios federales para algunos individuos, independientemente de sus leyes tribales. Es el caso del *Quarter Blood Amendment Act* de 1985 (la ley de enmienda del cuarto de

sangre), por el cual muchos estudiantes de ascendencia indígena se beneficiaron con becas y programas de educación gratuitos. Sin embargo, su ascendencia indígena debía ser corroborada por el Certificado de Grado de Sangre Indígena, el mismo que en muchos de los casos era también usado por las tribus para la aceptación o no de aspirantes a miembro.

En los Estados Unidos el tema de la cuota de sangre llegó a ser muy controversial en la medida que las actividades empresariales indígenas fueron tornándose cada vez más lucrativas en el área del petróleo y los casinos. Lo mismo ocurrió con el tema de la religión, dado que muchas tribus Nativo-americanas no gozaban de los privilegios conferidos por The Eagle Feather Law (la Ley de la Pluma del Águila). El título 50 en su parte 22 del Código de Regulaciones Federales, estipulaba que sólo los miembros de las tribus reconocidas federalmente tenían derecho a obtener permiso para adquirir las Plumas del Águila, la cual es de suma importancia en las prácticas religiosas de los indios americanos. En otras palabras, la Ley de la Cuota de Sangre juega un papel fundamental en lo que respecta al ejercicio de la libertad de religión, dado que el individuo sin la cuota de sangre requerida no sólo no puede ser admitido como miembro, sino que está impedido de adquirir y utilizar las plumas del Águila en sus prácticas religiosas.

H) Los Impostores y el Fraude

Las tribus americanas cuya cuota de sangre no alcanza el nivel requerido para ser reconocidos oficialmente por el gobierno, se encuentran en una especie de limbo cuando se trata de auto-identificarse o hacerse llamar a sí mismos Indígena americanos. Desafortunadamente, muchas de estas tribus están siendo víctimas de inescrupulosos individuos que intencional y fraudulentamente se identifican a sí mismos como nativos americanos. La razón por la cual estas personas buscan por todos los medios hacerse reconocer oficialmente como indígenas, es para obtener beneficios y dinero, no sólo del gobierno federal sino también de "sus tribus"; así como gozar de ciertos incentivos a los que sólo tienen derecho los miembros oficiales de las tribus federalmente reconocidas. Este tipo de crímenes son muy comunes y reducen considerablemente la ayuda federal destinada a reducir la pobreza, mejorar la educación, salud, la infraestructura, etc. De los indígenas de la región de los Estados Unidos y Alaska.

11.- Día Internacional de los Pueblos Indígenas: Mensaje de la Alta Comisionada de Derechos Humanos y el Relator Especial para asuntos Indígenas.

Este año, el Día Internacional de las Pueblos Indígenas del Mundo, celebrado el 9 de agosto, es el primero que se realiza tras la histórica adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la Asamblea General en septiembre de 2007.

La Declaración, cuya redacción se comenzó en 1985, fue la culminación de más de dos décadas de incansable lucha por parte de los pueblos indígenas y marcó un avance significativo en la protección de sus derechos humanos.

La Declaración, aprobada por una abrumadora mayoría de los Estados Miembro de las Naciones Unidas, establece los estándares mínimos para la supervivencia, dignidad y el bienestar de los 5,000 grupos indígenas que se estima viven en el mundo (*que comprende nada menos que a unas 370 millones de personas*). Busca atender las injusticias históricas que han enfrentado estas poblaciones mediante la reafirmación de su derecho a ser diferentes, y vivir en paz en sus propias tierras. También representa una significativa contribución a los principios rectores de justicia y dignidad, plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en este año celebra su 60º aniversario.

Sin embargo, a pesar de su importancia, la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas no cambiará por sí misma la vida cotidiana de las mujeres, los hombres, niñas y niños cuyos derechos defiende. Para esto se requiere del compromiso político de los Estados y la cooperación internacional, así como del apoyo y la buena voluntad del público en general, para crear y poner en práctica una amplia variedad de programas prácticos, diseñados y realizados en consulta con los propios pueblos indígenas.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos -el principal órgano de las Naciones Unidas responsable de la promoción y protección de los derechos humanos- y el

Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, se han comprometido a trabajar juntos en pro de la realización de los derechos contenidos en la Declaración, a fin de que un número creciente de los pueblos indígenas del mundo puedan vivir realmente en dignidad y paz.¹⁰

II.- Tratamiento de lo Indígena en el Perú

1.- Introducción

Un análisis del actual modelo de sociedad y estado, y del sistema con el que se regulan las relaciones entre éstos y los pueblos indígenas, advierte que el proceso de consideración de los mismos en la vida nacional del país ha sido largo y plagado de contradicciones sociales, marchas y contramarchas. Sin embargo, cabe indicar que muchas de las reivindicaciones indígenas, hoy plasmadas y reconocidas no sólo en la legislación nacional, sino también por instrumentos internacionales, como el reconocimiento de lo consuetudinario, lo imprescriptible e inajenable de las tierras comunales, entre otros; pertenecen al derecho indiano y no son pues una creación de los gobiernos republicanos o producto de la evolución histórico-jurídica del siglo XX; sino que más bien se remontan a la Ley de Indias de 1542. En consecuencia, cualquier intento por parte de los estados de recortar estos derechos, no sólo es un atentado directo en contra de los pueblos indígenas, sino que también es un atentado en contra de lo que constituyen derechos adquiridos de carácter histórico.

¹⁰ Mensaje de Kyung-wha Kang, Alta Comisionada interina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y S. James Anaya, Relator Especial de la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

2.- Antecedentes

Tomando como base el trabajo efectuado por el doctor Roque Roldán, al analizar la legalidad indígena en el Perú, tenemos que el tratamiento de lo Indígena en el Perú ha atravesado por cinco momentos o etapas claramente definidas:

Una **primera** representada por la institucionalidad incaica que tenía plena vigencia a la llegada de los españoles; una **segunda** fase que da cuenta de la imposición de las leyes de la guerra de la conquista; una **tercera** referida a la elaboración, adopción y difusión de una frondosa legislación de la corona para sus colonias en América: una **cuarta**, ya en el siglo XIX, inspirada en las ideas liberales que dieron origen a la construcción de los estado-nación, que procuraban la asimilación de las poblaciones indígenas a los nuevos ordenes de la época; una **quinta** a partir de la constitución de 1920, en que el Estado peruano otorga a las comunidades y pueblos indígenas la posibilidad de mantener, al menos en parte sus espacios territoriales, el reconocimiento de su cultura, su forma de organización y de administración de justicia en el ámbito comunal. Esta fase se ha mantenido en la historia constitucional del país a lo largo del siglo XX hasta la Constitución de 1993.¹¹

A) Etapa Incaica

“el Imperio del Tahuantinsuyo fue el epílogo de una sucesión ininterrumpida de culturas y civilizaciones que tuvieron como denominador común el colectivismo”¹²

En la etapa incaica dos fueron las instituciones fundamentales que moldearon y regularon la vida y la interacción social de los pueblos indígenas: El Ayllu y la Costumbre. En el campo de la organización social la figura del Ayllu, basada en un amplio régimen de parentesco, se erigió como el núcleo fundamental de la sociedad; y en el ámbito de lo jurídico, la Costumbre con principios fundamentales de regulación, como el de solidaridad, reciprocidad y redistribución, fue la que definió los parámetros fundamentales del orden y

¹¹ Roldán Roque y Tamayo Ana María, *Legislación y Derechos Indígenas en el Perú*, CAAAP-COAMA. Lima. Junio 1999.

¹² Sivirichi Atilio, *Derecho Indígena Peruano: Proyecto de Código Indígena*. Ediciones Kuntur. Lima Perú- 1946. Pág. 12 en <http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>

la legalidad de todos los actos y conductas. “*el interés colectivo por encima del interés individual, la familia absorbida por el Ayllu, la propiedad colectiva y ningún concepto de propiedad individual*”¹³. Los incas consiguieron organizar un Estado donde la norma jurídica era perfectamente identifiable, no obstante algunas veces podía confundírsela con elementos consuetudinarios, religiosos, morales y económicos; sin embargo, la distinción entre sociedad y estado, derecho y moral, era bastante clara, al extremo que elevaron normas éticas de carácter particular, a deberes de carácter público.

B) Etapa colonial

Hoy en día para nadie es un secreto que la tan vanagloriada hazaña del “descubrimiento” no fue otra cosa más que un accidente histórico, una casual peripecia de un puñado de aventureros constituidos en una empresa privada, concebida por el único afán de lucrar, los mismos que ocasionalmente recibieron el apoyo de España a través del poder económico de sus reyes, con el único requerimiento de conseguir ventajas de orden económico para la corona y difundir una fe, que no sólo consolide el apoyo incondicional de la Iglesia Católica, sino que pueda fundamentar religiosamente los privilegios sobre las tierras y pueblos conquistados. Por aquel entonces, la única legalidad existente era la contenida en las capitulaciones o contratos que regularmente suscribían los empresarios conquistadores con la corona y en virtud de los cuales éstos no sólo recibían atribuciones de orden administrativo, económico y militar; sino que también se les confería el dominio patrimonial de las tierras conquistadas, la autorización para el reparto de indígenas, que debían quedar bajo sus órdenes y cuidado, entre otros privilegios.

El fundamento jurídico de la “Conquista” llegó a través de la histórica Bula Papal de Alejandro VI (1493), que fue sancionada por el Tratado de Tordesillas de 1494, suscrito entre España y Portugal mediante el cual ambas potencias se dividían las jurisdicciones

¹³ Sivirichi Atilio, Op.Cit

políticas de América y se comprometían a la difusión de la fe cristiana en los nuevos dominios asegurando de este modo los diezmos a favor de la iglesia. Sin embargo esta Bula, que suscitó grandes debates políticos y teológicos, y que además fue considerada como el primer fundamento jurídico de la conquista y colonización, no tuvo ningún impacto y poder de control sobre los reales poderes omnímodos de los ejecutores directos de la empresa de la conquista.

De acuerdo a los datos históricos, las regulaciones establecidas por la Corona eran casi siempre sometidas a las “interpretaciones” de juristas y teólogos, cuyas opiniones en la mayoría de los casos, salvo muy escasas excepciones, respondían a los intereses de dominio y poder político de la Corona o al afán de enriquecimiento de los conquistadores sin considerar adecuadamente al elemento indígena. A este respecto podemos mencionar a las **Leyes de Burgos**, las mismas que por un lado reconocían la libertad de los indios y recomendaban medidas especiales de protección, pero por otro lado autorizaban los repartimientos y las encomiendas; entendidas estas medidas como una especie de servidumbre benévolas y formativa sobre un individuo al que había que “*disponerlo y constreñirlo a la perseverancia en el trabajo y la virtud*”.

a) Las Leyes de Indias

En 1542 el Rey Carlos V, motivado por el documento conocido como “Relación Breve de la Destrucción de los Indios”, presentado ante la Corona por el sacerdote Fray Bartolomé de las Casas, expide lo que se conoce como Leyes de Indias, un conjunto de disposiciones destinadas a poner término a la penosa condición de los indios, quienes se encontraban bajo el único amparo de la ambición de colonos y conquistadores. Esta nueva legislación abolía normas lesivas anteriores, prohibía el otorgamiento de nuevas encomiendas, disponía la cancelación de las encomiendas cuyos titulares fallecieran y prohibía su transferencia hereditaria. Esto dio lugar a una ordenanza que establecía lo siguiente: “*De aquí en adelante, por ninguna causa de guerra ni otra alguna, aunque sea a título de rebelión, ni por rescate ni de otra manera, no se puede hacer esclavo indio alguno, y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla pues lo son*”

Como era de esperarse, la oposición a este conjunto de disposiciones fue de tal magnitud que se vio amenazada la estabilidad de la Nueva España, por lo que Carlos V tuvo que revocar la mayoría de las disposiciones sobre las encomiendas. Sin embargo la Corona no cedió en su determinación sobre la libertad de los indios y la abolición de los servicios personales de los mismos aunque tuvo que mantener la encomienda y los repartimientos, los que continuaron siendo instituciones importantes en el modelo de relación entre conquistadores e indígenas. Es importante señalar que esfuerzos como el de Bartolomé de las Casas, Carlos V, el Virrey don Francisco de Toledo por articular un sistema menos arbitrario, no tuvieron aplicación real en la vida de los pueblos indígenas, ya que estos eran objeto de constantes abusos, dentro de los más comunes se tiene que eran despojados de sus tierras y tenían la condición de esclavos o en el mejor de los casos terminaban sus días como siervos de los conquistadores.

i) Propiedad de la Tierra

El ejercicio del derecho de propiedad de la tierra fue un tema de particular interés en el Derecho Indiano. De acuerdo a las investigaciones realizadas, se tiene que el poder político de la iglesia era de tal magnitud en las colonias, que se le reconocía al Papa la capacidad de otorgar soberanía política sobre los pueblos conquistados; sin embargo, tal autoridad no pretendía ser más que el reconocimiento de un dominio político y no un dominio particular o de carácter patrimonial sobre las tierras americanas. Pese a ello el dominio particular o patrimonial que España se arrogaba sobre las tierras conquistadas, emanaban del hecho mismo de la conquista. De lo ante dicho se colige que, si bien Las Leyes de Indias señalaban diferentes procedimientos para la titulación o reconocimiento legal de tierra a los españoles y a los indios, cuando se hacían titulaciones a favor de estos últimos, se hacia en el entendido que ello representaba el simple reconocimiento de un dominio y derecho preexistente, acreditado con el hecho indiscutible de la ocupación y la posesión ancestral. Esta tesis esta corroborada en el texto de *Recopilación de las Leyes de Indias* que a la letra dice “*Los legisladores españoles desde los primeros momentos que siguieron al descubrimiento, trataron de imponer una política encaminada a conseguir que el indio no se desvinculase de la tierra. En las Ordenanzas de Felipe II de 1573 se dispone que las*

nuevas poblaciones se habían de asentar y edificar sin tomar de lo que fuere particular de los indios”¹⁴

ii) Reconocimiento de los Ordenamientos Consuetudinarios

Otro aspecto importante en la legislación de Indias es el referido a ordenamientos consuetudinarios indígenas, considerados como el soporte institucional no sólo del régimen de vida indígena, sino también de las relaciones con los demás sectores de la sociedad bajo dominio español, siempre y cuando no se opusieran a la moral y buenas costumbres. Como ejemplo tenemos una de las disposiciones de las leyes de Indias que textualmente expresan lo siguiente: “*Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y forma de vivir de los indios; policía y disposición de los mantenimientos y avisen a los virreyes y audiencias y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fuesen contra nuestra sagrada religión, como esta ordenado*”¹⁵

En conclusión, de lo ante dicho se colige que la intención legal de ciertas disposiciones protecciónistas, colisionaban con la actitud real de los verdaderos operadores o ejecutores del derecho en las colonias, quienes orquestaron todo un proceso destinado a enriquecerse infinitamente a costa de subyugar a la población indígena, y diezmar sus unidades básicas de organización originaria ancestral; en tal sentido los ayllus fueron desarticulados, reducidos o mejor dicho confinados a pueblos pequeños con la única finalidad de facilitar la explotación del indio y en el mejor de los casos la labor evangelizadora de la Iglesia Católica. Durante la implementación de este proceso, la Corona, a través de sus encomenderos, otorgaba tierras a las comunidades, disponiendo dos formas de explotación: una colectiva, cuyo producto servía para que las comunidades puedan efectuar el pago de tributos a la Corona; y la otra individual, que servía a los indígenas para procurar su manutención y la de su familia.

C) Etapa Republicana

¹⁴ Consejo de la Hispanidad, *Recopilación de las Leyes de Indias*. Libro IV, Título 12, Ley 16. Madrid-España, 1943.

¹⁵ Consejo de la Hispanidad, *Recopilación de las Leyes de Indias*, 1943.

e) Introducción

A manera de introducción podemos referir que, durante el siglo XIX fueron tres los pilares ideológicos sobre los que se delimitó la versión republicana del estado peruano: el Estado-Nación, el monismo legal y el monopolio estatal. En ese sentido, el concepto de nación se identificaba con la idea de un solo pueblo, con una sola cultura, idioma e identidad; regido por una sola ley fundamental dentro de un único sistema de administración de justicia. Es por ello que el Perú, al igual que la mayoría de estados latinoamericanos, se afanó en construir una nación culturalmente homogénea, para lo cual se implementó toda una política de corte asimilacionista, institucionalizada en la legislación y promovida por los jurisconsultos y legisladores de aquella época.

f) El Indio y La Igualdad ante la Ley

Durante la República, el ideal unitario socio cultural también inspiró una política de homogenización constitucional, la misma que se vería reflejada en el principio de “igualdad ante la ley” el mismo que fuera reflejado en todas las constituciones, primero como una garantía individual y luego como una garantía social. Si bien es cierto que el enunciado de: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, significó un postulado importante para la configuración de los nacientes estados, también es cierto que éste colisionó tristemente con la realidad; pues la República heredó una profunda fractura social cuyo origen se encontraba en la escisión entre los criollos, fundadores del estado peruano y la población indígena, que constituía la inmensa mayoría del país.

g) El Indio como Objeto sólo de Buenas Intenciones

Es evidente que la cuestión indígena representó un verdadero reto para la naciente república, un primer momento de este periodo fue marcado por los decretos de San Martín y Bolívar, cuyas medidas no tuvieron efectos significativos en el mejoramiento de las condiciones de vida de los indígenas.

La igualdad ante la ley, inspirada en los principios liberales europeos y norteamericanos, fue solamente una quimera para el indio, una igualdad legal inexistente en la realidad. San Martín por su parte, buscó la igualdad al suprimir el tributo y prohibir que se usara el término de “indios” o “naturales” para referirse al indígena; por el contrario ordenó que en adelante sólo fueran conocidos los indígenas como peruanos. Por su parte Simón Bolívar dictó el Decreto del 8 de abril de 1824, decreto de funestas consecuencias para los indígenas pues declaraba que podían vender de cualquier modo las tierras que poseían, disponía el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecía el tributo indígena.¹⁶ Con este decreto, Simón Bolívar, inspirado en los principios liberales de la revolución francesa, pretendió dar solución al problema de la tierra estableciendo un régimen de parcelación de propiedad individual de las tierras Comunales. Sin embargo, esta política de no tuvo los resultados esperados, ya que fueron un puñado de caciques y recaudadores los que sacaron provecho de la situación, en perjuicio de las Comunidades Indígenas existentes, las que vía legal empezaron a ser despojadas de sus territorios ancestrales.

Así mismo, durante el gobierno del General Ramón Castilla se adoptaron algunas medidas reivindicativas, como la libertad de los esclavos, la devolución de las tierras o el pago de compensaciones y la indemnización de comunidades indígenas afectas por la mala política de los gobiernos precedentes. Sin embargo, estas últimas no tuvieron el éxito o la acogida esperada y se continuó con la apropiación de las tierras indígenas por parte de los terratenientes.

En resumen, tomando en consideración la realidad, podemos afirmar que durante el siglo XIX, luego de pronunciada la independencia del Perú en 1821, hubo ciertas iniciativas tendientes a mejorar la situación legal del indio dentro de la sociedad peruana, sin embargo en la realidad existió una tendencia generalizada a tratar de erradicar a las comunidades originarias, pues éstas eran consideradas los últimos vestigios o remanentes de época colonial, que impedían el desarrollo de la población indígena. Si hay algo que verdaderamente caracteriza a la realidad agraria del siglo XIX fue que las grandes extensiones de tierra fueron acaparadas bajo el régimen del latifundio y la hacienda, situación que continuaría así hasta la promulgación de la Ley de Reforma Agraria.

¹⁶ Figallo Guillermo, *Los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los indios*, Revista Jurídica “Debate Agrario” nº 19. Lima-Perú 1994

h) Indio Democracia y Derecho a Voto

Un análisis de la vida democrática del Perú pasa necesariamente por efectuar algunas precisiones de carácter fundamental:

La democracia en el Perú fue indirecta durante el periodo comprendido entre 1822 y 1895,¹⁷ esto quiere decir que los ciudadanos con derecho a voto debían elegir a los electores a través de los cuales ejercerían este derecho.

El voto, máxima expresión de ciudadanía y democracia, en aquella época tuvo carácter utilitario; es decir que no se reconocía como derecho inherente a todos los ciudadanos pese a los enunciados de igualdad formal. La situación del Indígena, en su mayoría analfabeto por las circunstancias históricas que le tocó vivir, se encontraba en una especie de limbo legal constitucional y tenía que sortear una serie de requisitos para poder calificar como ciudadano y ejercer su derecho de sufragio.

El derecho de elegir y ser elegido requería del estatus de ciudadano en ejercicio y éste estaba condicionado a ciertos requisitos como veremos más adelante. Para los indígenas sin embargo el status de ciudadano en ejercicio estuvo condicionado, además de los requisitos de nacimiento, edad o matrimonio, al de saber leer y escribir o tener propiedad raíz o pagar alguna contribución, cuando no pudo ser jefe de taller o ejercer alguna profesión o arte con título público. Esto obedeció al hecho de que, para las constituciones del siglo XIX, el carácter de ciudadano estaba aparejado al requisito de tener propiedad y, por ende, a la potencialidad de tributar. A continuación se ofrecen algunos ejemplos.

3.- Constituciones del Siglo XIX: Breve análisis

A) La Constitución de 1823 confirió la calidad de ciudadano a los indígenas que tuvieran alguna propiedad y que supieran leer y escribir aunque este requisito quedó en suspenso hasta 1840.

Artículo 17.- Para ser ciudadano es necesario:

¹⁷ Congreso de la República del Perú, Reseña Histórica del Congreso, en <http://www.congreso.gob.pe/historia/congreso.htm>

1.- Ser peruano.

2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años.

3.- Saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840.

4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero.

B) La Constitución de 1826 denegó categóricamente el derecho a voto a los indígenas al exigir saber leer y escribir.

Artículo 14.- Para ser ciudadano es necesario:

1.- Ser peruano;

2.- Ser casado o mayor de veinticinco años;

3.- Saber leer y escribir;

4.- Tener algún empleo o industria o profesar alguna ciencia o arte sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico.

C) Las Constituciones de 1828 y 1834 no exigieron requisitos especiales salvo el de haber nacido dentro del territorio de la república.

D) Las constituciones de 1839 y 1860 le dieron el voto a los "indígenas tributarios analfabetos", esta última además abrió la puerta, para el ejercicio del sufragio, a aquellos indígenas que poseyeran una propiedad raíz.

Constitución de 1839, Artículo 8.- Para ser ciudadano en ejercicio se requiere:

1.- Ser casado o mayor de veinticinco años;

2.- Saber leer y escribir, excepto los indígenas, hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria;

3.- Pagar alguna contribución, no estando exceptuado por la ley.

Constitución de 1860, Artículo 38.- Ejercen el derecho de sufragio todos los ciudadanos que saben leer y escribir, o son Jefes de taller, o tienen alguna propiedad raíz, o pagan al Tesoro público alguna contribución.

E) La Constitución de 1856 determinó el sufragio directo y confirió el derecho a voto a los indígenas que poseían una propiedad raíz.

Artículo 37.- El sufragio popular es directo; lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, **o tienen una propiedad raíz**, o se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el Ejército o Armada.

F) La Constitución de 1867 sólo exigió requisitos de edad y de emancipación.

Artículo 38.- *Son ciudadanos en ejercicio los peruanos mayores de veintiún años y los emancipados*

En resumen, la “consideración del indígena” como ciudadano, para efectos del ejercicio de su derecho de sufragio, estaba implícitamente garantizada; siempre y cuando el indígena lograra cumplir con algún requisito que no fuese precisamente el ser alfabeto. Fue sólo a finales en 1890 que la ley electoral expulsa a los analfabetos de los procesos electorales: “Ejercen el derecho de sufragio los peruanos mayores de veintiún años o casados que no hayan llegado a esa edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en el registro cívico de su domicilio”.

4.- El Indio y las Constituciones Peruanas del siglo XX

K) Introducción

A manera de introducción podemos empezar diciendo que, desde el año 1920 las Constituciones del Perú han incorporado disposiciones especiales referentes a los derechos de las **comunidades indígenas** y han procurado formular un modelo de relación entre Estado, Sociedad Nacional y estas comunidades. De esta manera, se inicia todo un proceso de formación de una nueva institucionalidad en este campo. Ello se efectúa a la luz de los postulados del Derecho Indiano y con la integración de los nuevos avances en materia de pluralismo étnico y cultural.

Dado que a partir de la Constitución de 1920, las Constituciones peruanas abordarán lo indígena como un fenómeno colectivo, es decir como comunidad, se considera oportuno clarificar dicho concepto a la luz de lo expresado por el sociólogo alemán Ferdinand Tönnies¹⁸, para quien, la noción de comunidad se contrapone al concepto de sociedad.

L) Comunidad VS Sociedad

Mientras que para la comunidad priman las relaciones sociales de tipo personal y afectivo, siendo sus instituciones sociales más representativas la familia y la iglesia; para la sociedad, son de mayor relevancia las relaciones impersonales, individualistas e instrumentales, propias de la ciudad o de una gran metrópoli, en donde la fábrica constituye la institución más representativa. Para Tönnies, mientras más compleja es la división del trabajo, más competitivas e individualistas se convierten las relaciones entre las personas. Desde esta perspectiva la evolución de las sociedades conduce inevitablemente a la extinción de las comunidades, al menos que el desarrollo progresivo de los pueblos incluya mecanismos de preservación, no sólo de la identidad de los mismos, sino de todos aquellos principios de regulación social e instituciones ancestrales que hicieron del sistema de interacción comunal un modelo de convivencia pacífica, de autogestión y de desarrollo sostenible. Bajo la lógica existencial de las comunidades, estas pueden ser de **sangre**, es decir básica o esencial, las que están unidas por lazos de parentesco sanguíneo o colateral; pueden ser de **lugar**, donde prima el vínculo territorial, o pueden ser de **espíritu**, unidas por vínculos trascendentes que

¹⁸ Ferdinand Tönnies (Oldenswort Eiderstedt), 26 de julio de 1855 - Kiel, 9 de abril 1936, sociólogo alemán, 1909 miembro fundador de la Asociación alemana de sociología. famoso por su distinción de Comunidad y Sociedad (Gemeinschaft und Gesellschaft, 1887), que dan diferentes tipos de relaciones sociales, según tamaño de la población y su grado de complejidad en la división social del trabajo.

van más allá de lo material y recaen sobre lo místico o sagrado; sin que lo anterior implique la exclusividad, es decir que en una comunidad pueden confluir los 3 elementos. A diferencia de las sociedades, las comunidades constituyen agrupaciones humanas, dentro de las cuales se verifica un verdadero proceso de relación orgánica, originaria y recíproca que se proyecta a lo externo con identidad propia y de manera unitariamente colectiva.

M) Origen o antecedentes de la Comunidad Campesina

Los orígenes o antecedentes de las comunidades campesinas peruanas son muy remotos y se pierden en el tiempo, sin embargo existen dos teorías al respecto: Una que afirma que las comunidades campesinas responden al modelo de los antiguos pueblos de Castilla en España y la otra que afirma que ésta tiene sus antecedentes en el Ayllu andino y la comuna española. Por el contrario, la población indígena amazónica se encuentra tradicionalmente organizada sobre la base de grupos de parentesco, los que pueden ser por razón de la línea de la madre o del padre y su organización responde a sus tradiciones y a las estrategias de subsistencia. De lo anterior se deriva la existencia de familias nucleadas, extensas y dispersas, de clanes o estructuras más complejas, centralizadas o localizadas.¹⁹

N) La Constitución de 1920

Ya en el siglo XX y se podría decir que desde sus inicios, existió en el Perú una marcada tendencia a regular la cuestión indígena; sin embargo, en la mayoría de los casos, la oportunidad que esta población ha tenido para participar o influenciar en la toma de decisiones ha sido nula o simplemente inexistente.

En el Perú, el debate respecto al reconocimiento e importancia de las comunidades indígenas data desde la época del presidente Augusto Bernardino Leguía. El debate en torno a esta importantísima forma de organización social, estaba circunscrito a dos posiciones antagónicas y marcadamente definidas: una que las consideraba como obsoletas, anacrónicas y por lo tanto

¹⁹ Echegaray Gómez de la Torre Francisco, Abogado Consultor del BID en el Proyecto Especial de Titulación y Registro de Tierras en el Perú: *Organización e Inscripción de Comunidades Campesinas y nativas*, Perú, 1997. En

<http://www.allpa.org.pe/actividades/propcomunal/sunarp.pdf>

como una carga social, como un obstáculo para el desarrollo del país; y la otra, que las asumía como el real fundamento de la sociedad, en la cual reposaban la herencia cultural y ecológica de la nación y por lo tanto constituyan las piezas vitales de la sociedad peruana y el motor fundamental para su desarrollo. En tal sentido, el reconocimiento oficial de las mismas llega a través de la constitución política del Perú de 1920, la misma que en su artículo 58 de su Título IV, referido a las Garantías Sociales prescribe: “*El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden*”

Es de esta forma como la Constitución de 1920, consagra por primera vez en un texto constitucional americano, los principios ya aceptados en la mayoría de las constituciones de los países de la región. No sólo acepta y reconoce a estos pueblos o naciones como cultural y étnicamente diferentes; sino que, les confiere el reconocimiento de su existencia legal, remarcando la condición de imprescriptibilidad de sus tierras. Pese a que esta Constitución no reconoce el derecho de sufragio a la gran masa indígena, debido a que era requisito indispensable ser alfabeto (artículo 66; este artículo también es recogido por la constitución de 1933 en su artículo 86), aún así marca el inicio de una nueva relación entre el Estado y las comunidades o pueblos indígenas, al concebir su existencia como legal, permanente e indefinida.

Artículo 66.- *Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir. (Constitución 1920)*

Artículo 86.- *Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o las que lo hayan estado y las madres de familia, aunque no hayan llegado a su mayoría. (Constitución 1933)*

En síntesis, es con esta histórica Constitución que el estado peruano oficialmente reconoce la existencia de las comunidades Indígenas, pasando de este modo, de una política de ignorancia y desintegración de las comunidades de indígenas, a una política de protección y tutela, con la que se va a pretender incorporar a las Comunidades al ordenamiento jurídico nacional.

O) La Constitución de 1933

Teniendo el camino ya trazado por la constitución de 1920, la constitución de 1933 promulgada durante la presidencia de Luis Miguel Sánchez Cerro, dedicándoles todo un título, (el título XI referido a **Comunidades de Indígenas**), no sólo reconoce la existencia legal de las Comunidades Indígenas sino que va más allá al otorgarles personería jurídica:

Título XI. Comunidades de indígenas

Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades.

La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, tierras de propiedades particular, previa indemnización.

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación Civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen.

La Constitución de 1933, no sólo adoptó un buen número de normas que representaban una ratificación y precisión de algunos principios de la Constitución de 1920, sino que además amplió las responsabilidades del Estado en su compromiso de asegurar el respeto de los derechos especiales de las comunidades. El régimen constitucional de 1933, valorado siempre en contraste y a la luz de la constitución de 1920, representa cambios muy significativos en diversas materias como: tierras, gobierno, autonomía, reconocimiento de la identidad y cultura indígena; así como en lo que respecta al apoyo estatal para asegurar la vigencia de los derechos consagrados en su texto.

En lo referente a **tierras**, los cambios son sustanciales puesto que el artículo 208 prescribe que el Estado debe garantizar la integridad de la propiedad de las comunidades, que tendrá la responsabilidad de dotar de tierras a aquellos que carezcan de las mismas o las posean de forma insuficiente y no sólo eso, se confiere a las tierras comunales la condición de inenajenables, imprescriptibles e inembargables.

En cuanto a la **responsabilidad estatal**, en el ámbito de los asuntos territoriales de los pueblos indígenas, la constitución de 1933 introduce nuevas figuras como: la búsqueda de solución para quienes carecen de tierra, la protección de la propiedad de la tierra para quienes ya la tienen y la protección a largo plazo para que la aseguren a perpetuidad.

Respecto al **otorgamiento o ampliación de facultades de gobierno** y fortalecimiento de la autonomía administrativa de las comunidades indígenas se tiene que, el artículo 205 les otorga la facultad de designar un personero ante los concejos municipales, de igual modo les reconoce la personería jurídica, *per se* (artículo 207) ampliando el beneficio del simple reconocimiento de su existencia legal que les había reconocido la Constitución de 1920.

Cabe resaltar que a partir de esta Constitución se efectuaron algunas iniciativas legislativas, como el Decreto Supremo N° 03, del 1ro. De marzo de 1957, mediante el cual se autorizó la entrega de tierras a las comunidades indígenas, pero no bajo el régimen de propiedad privada, sino de reservas que conferían a sus beneficiarios el simple usufructo. A este respecto, el antropólogo Alberto Chirif, especialista en temas amazónicos, ha señalado que

en cumplimiento de este decreto, pudieron haberse entregado un total aproximado de 114 reservas, sobre una superficie de 130,000 hectáreas.²⁰

P) La Reforma Agraria: Campesino por Indio

“El campesino es el mismo indio con diferente nombre”

En 1960 fue propuesta la primera Ley de reforma agraria, la misma que empezó verificar resultados legislativos a partir de 1962 cuando se dieron los primeros Decretos Supremos y se promulgaron las primeras leyes relativas a dicha reforma. Sin embargo, fue recién en 1969 que el presidente Juan Velasco Alvarado inició la reforma agraria con un paquete de medidas que transformó la mayoría de las haciendas en cooperativas agrarias, convirtiendo algunas otras en asociaciones de productores, grupos campesinos y comunidades campesinas. Fue entonces, mediante el Decreto Ley 17716 y el Estatuto de Comunidades Campesinas, que se trató de modificar la estructura comunal adecuándola al modelo cooperativo. Y ésta es quizá, una de las críticas más comunes y recurrentes que se le hace a la mayoría de las políticas oficiales, las que pretenden implementarse sin la participación de los pueblos interesados y lo que es peor, desconociendo sus instituciones propias, sus mecanismos ancestrales, sus características sociales específicas su identidad y cultura autónoma.

En conclusión, el proceso de reforma agraria iniciado en la década del 60 (durante el primer gobierno de Fernando Belaunde Terri 1964) fue bastante limitado y focalizado, sólo a algunos sectores. Recién en 1969, con la Reforma Agraria del Gral. Juan Velasco Alvarado, es que se inicia el proceso de transformación de las estructuras de la tenencia de tierras. Esta reforma significó la modificación de la concepción de la tenencia y del derecho de propiedad, haciéndolo girar en torno a tres elementos indesligables: la propiedad – la tenencia- la explotación directa a través del trabajo. Sin embargo, el único cambio indiscutible que este proceso de reforma trajo para las comunidades indígenas fue el aludido en el artículo 115 del Decreto Ley Nro. 17716 (de Junio de 1969), que a la letra dice: *“Para efectos del presente Decreto Ley, a partir de su promulgación, las comunidades de indígenas se denominará Comunidades Campesinas”*. Puesto que, todo lo referente al derecho de propiedad de la tierra continuó de la misma manera, tal como se

²⁰ Chirif Alberto, “La Organización Indígena y la defensa territorial: En Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonía” Fundación Gaia. Bogota, febrero 1993

evidencia del texto mismo del artículo 116 del aludido Decreto Ley: “*El régimen de la propiedad rural de las comunidades campesinas queda sujeto al que establece el presente Decreto Ley, con las garantías de integridad, inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de las que gozaban las tierras de las comunidades campesinas*”²¹

A manera de colofón es oportuno resaltar que la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley Nº 17716) iniciada en 1969 durante el periodo presidencial del General Juan Velasco Alvarado, fue un hecho relevante en la historia legislativa del Perú no sólo por el proceso de transformación de las estructuras sociales, el régimen de propiedad de la tierra, sino también por que rebautizó a las comunidades indígenas como comunidades campesinas; situación que hasta la fecha sigue generando un grave problema de identidad, constrinendo al elemento indígena dentro de un proceso de confusa homogenización social; situación que lo ha atrapado entre el limbo de lo que no quiere ser, por que lo avergüenza, y de lo que desearía ser, pero no puede por cuestiones de racismo, discriminación y segregación social. Un aspecto a resaltar en este proceso de reforma agraria es el hecho de que ésta no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaron siendo asumidas como tribus salvajes.

Q) De Tribus Selvícolas a Comunidades Nativas

a) Lo Indígena y el Itinerario histórico-Jurídico

²¹ Robles Mendoza Roman, *Legislación Peruana Sobre Comunidades Campesinas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2002, página 89.

- i) Salvajes para los conquistadores.**- Los indígenas de la Amazonía fueron conocidos en tiempos de la conquista como “salvajes”, incluso se llegó a negar su condición humana hasta la promulgación de la Bula Papal del año 1531. Los “conquistadores europeos” consideraron a la Amazonía como territorio en expansión.
- ii) Salvajes sin derecho a tierra.**- La primera Ley Orgánica de Tierras de montaña data de diciembre de 1898; luego viene la Ley N° 1220 llamada Ley de Tierras de Montaña de noviembre de 1909, la cual establece que las tierras de los nativos se incorporen automáticamente como tierras de dominio del Estado. La razón esgrimida era que éstas no habían sido legítimamente adquiridas conforme al Código Civil o conforme a la Primera Ley Orgánica de Tierras de Montaña de 1898. En realidad fue una ley hecha a la medida del cauchero; una ley que estableció privilegios en favor de aquellos que explotaron el caucho y en la práctica significó que los adjudicatarios se consideraban dueños absolutos y perpetuos no sólo de la tierra sino de todo ser viviente que se encontraba dentro de ellas, esto incluía a los árboles, las plantas, animales y los propios indígenas.
- iii) Salvajes para la administración de justicia y la educación.**- El Código Penal de 1924 establece normas especiales señalando que, tratándose de delitos perpetrados por indígenas se aplicarán dispositivos legales que los eximieren de penas. Por su parte la Ley Orgánica de Educación Pública N° 9359 del año 1941 continuó viendo a los indígenas de la Selva como bárbaros.
- iv) Salvajes con derecho a sobrevivir sin que sean tomados muy en cuenta.**- El Decreto Supremo 03 de marzo de 1957 reserva para las “tribus selvícolas” las áreas necesarias para su supervivencia. La Ley de Reforma Agraria N° 17716 rebautiza a las comunidades indígenas como comunidades campesinas, pero no se ocupa de las tribus selvícolas.

- b) Marchas y contramarchas por reconocimiento y dignidad.**- En 1974 se promulga el **Decreto Ley N° 20653**, conocida como la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva. Esta Ley es la promotora de un verdadero cambio de estructuras sociales en

la Amazonía. No sólo asume a las "tribus selvícolas" como comunidades nativas, sino también les reconoce existencia legal y personería jurídica. En relación con las tierras comunales, estableció el régimen de protección de la propiedad territorial brindándoles la calidad de inalienables, inembargables e imprescriptibles, garantizado de este modo la integridad territorial; a las autoridades comunales les confirió facultades jurisdiccionales para resolver cuestiones litigiosas de mínima cuantía que se originen al interno de la comunidad. Sin embargo, esta norma tenía algunos vacíos como: 1) la falta de criterios para determinar la superficie de las áreas reconocidas, 2) la carencia de elementos jurídicos para formular una definición de "comunidad" que respondieran a la realidad de estas sociedades étnicas y culturalmente diferenciadas y 3) la previsión de los posibles efectos jurídico-sociales que este sistema tendría en la futura unidad étnica de estas "comunidades" como parte de un todo o comunidad mayor. Cabe señalar que el Decreto Ley N° 20653, conocido como Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva (Decreto Ley N° 20653), deroga a la Ley N° 1220 y a su vez este Decreto Ley N° 20653 es derogado por el **Decreto Ley N° 22175** (del 9 de Mayo de 1978), el mismo que tiene como finalidad establecer una estructura agraria que contribuya al desarrollo integral de las regiones de Selva y Ceja de Selva, a fin de que su población alcance niveles de vida compatibles con la dignidad de la persona humana. Sin embargo, en su artículo 11 introduce un aspecto bastante delicado y controvertido, que atenta contra el derecho de propiedad comunal, al establecer que: "*La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia*"

- i) **La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984** recogen los principios de la Ley de Comunidades Nativas. Este último establece en su artículo 134 y 135 lo siguiente:

Artículo 134.- Noción y fines de las Comunidades Campesinas y Nativas

Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

Están reguladas por legislación especial.

Articulo 135º.- Existencia jurídica de comunidades

Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.

- ii) **Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo:** Firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989. Ante el Depositario: Director General de la OIT.

Fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26253 del 26 de Noviembre de 1993 y fue promulgado el 2 de Diciembre del mismo año, siendo ratificado mediante Instrumento de Ratificación del 17 de enero de 1994 y depositado el 2 de febrero de ese mismo año; teniendo como fecha de entrada en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995.²²

El Convenio 169 brinda a los pueblos indígenas en primer lugar un marco protector, en el sentido de que no se podrá ejecutar ninguna medida legislativa administrativa, económica o proyectos o programas de desarrollo sin que hayan sido consultados previamente a fin de evitar efectos negativos; en segundo lugar, facultan a los pueblos indígenas a diseñar propuestas de desarrollo que consideren más favorables para ellos. Los demás dispositivos establecen un marco que, en caso de ser bien aplicado, podría permitir a los pueblos indígenas y a sus organizaciones la fiscalización efectiva de aquellos recursos que les sean destinados a fin de que lleguen a sus comunidades de manera más directa, oportuna y sobre todo integra; es decir, que la mayor parte de esos presupuestos no sea aplicada a otros rubros ajenos a su problemática. Así mismo, regula todo lo relacionado al cambio de

²² <http://www.spda.org.pe/portal/cd-ambiental/documentos/RESOLUCION%20LEGISLATIVA%20NO%2026253.htm>

autoridades elegidas y designadas que no hayan cumplido sus funciones de acuerdo a ley.²³

iii) La Constitución de 1993 constituye una compilación de todos los avances producidos desde la promulgación de la constitución de 1920; en ese sentido acepta la diversidad cultural y étnica de la Nación, reconoce la validez e interés en la protección del acervo cultural de los pueblos indígenas, reconoce el valor oficial de las lenguas indígenas, reconoce el derecho de estos pueblos a obtener la titularidad y hacer uso y aprovechamiento de las tierras que les han pertenecido y por último reconoce el derecho a resolver sus conflictos internos mediante el ejercicio del derecho consuetudinario.

R) **La Constitución de 1979: Leyes Complementarias.**

En lo que a la Constitución de 1979 respecta, se tiene que ésta regula a las **Comunidades** diferenciando las categorías de **campesinas y nativas**. Las regula en los artículos comprendidos entre el 161 al 163 del capítulo VII de su el título III (Del Régimen Económico de las Comunidades Campesinas y Nativas) los mismos que *ad pedem literae* expresan:

Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

²³ Davila Puño Julio, *Gobiernos Locales y Pueblos Indígenas*, Edit IWGIA, Grupos de Trabajo Racimos de Hungurahui, Lima-Peru, Pág. 48*

Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad publicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

La Constitución de 1979, siguiendo los lineamientos de la Ley Reforma Agraria y los principios establecidos en la normatividad sobre Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas, estableció que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También estableció la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de las tierras comunales. Sin embargo, deja abierta las opciones de enajenabilidad, con la mayoría de los dos tercios de los miembros de la comunidad, y de expropiación por razones de utilidad pública.

Un aspecto importante de la constitución de 1979 fue la construcción de la ciudadanía a través del ejercicio del derecho de sufragio. En el caso de los indígenas, el derecho al voto siempre ha sido un factor de exclusión, es por eso que en la Asamblea Constituyente de 1978 se seguía debatiendo sobre la conveniencia de dar el voto o no al indígena analfabeto:

Su analfabetismo no es el único signo de una incultura excepcional. No hablan castellano o lo hablan y lo entienden muy mal y viven aislados, sin contactos civilizadores, rodeados de gentes tan ignorantes como ellos. En las ciudades asimilan cierta educación. Su ignorancia se concentra y multiplica por el contacto permanente con la ignorancia. Y esta clase de incultura sin ventanas al exterior es particularmente adversa a la función política. El indígena analfabeto no ha votado nunca, tuvo derecho de sufragio y nunca se percató de ello, ni lo uso ni lo defendió, lo vio como un lujo inútil y molesto. Sólo sirvió para las batallas electorales donde corrió sangre. Su derecho le servía para corromperse, embriagarse y dejarse matar estúpidamente. El encomendero lucraba, pero no gobernaba; el encomendero republicano lucraba y gobernaba. Cuando se le quitó el voto al indígena analfabeto

-agrega Villarán- el despojo se consumó sin ruido. Como nunca había usado el voto, se lo dejó quitar sin protestar ni darse por notificado". Y agrega que, la República ha faltado y falta a su deber privándolo del voto y dejándolo sin representación. Pero de estos dos deberes, antes de cumplir el segundo, hay que cumplir el primero, so pena de que continuemos, en materia de representación al borde de la barbarie...²⁴

No obstante los opositores del voto analfabeto, ergo del voto indígena, la Constitución de 1979 (artículo 65) y la de 1993 (artículo 30) le reconocen el derecho de voto a los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil (18 años) sin ningún otro requisito más que el de la inscripción electoral.

Como una cuestión final es importante señalar que tanto la constitución de 1979, como la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656), la Ley de Deslinde y Titulación de Territorio Comunal (Ley 24657) y la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva (Ley 22175), orientan sus disposiciones regulatorias al reconocimiento de la existencia legal, personería jurídica, saneamiento físico legal de territorios y a determinar las funciones, derechos y obligaciones de las comunidades. A continuación se transcriben literalmente los textos pertinentes de las referidas leyes.

a) Ley General de Comunidades Campesinas (Ley 24656)

Artículo 1.- Declárese de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas.

²⁴ "Villarán", mencionado por Ramírez Villar. Sesión del miércoles 16 de mayo de 1979. Debate del capítulo ciudadanía y sufragio.

Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

b) Ley de Deslinde y Titulación de Territorio Comunal (Ley 24657)

Artículo 1.- Declárense de necesidad nacional e interés social, el deslinde y la titulación del territorio de las Comunidades Campesinas.

Artículo 2.- El territorio comunal está integrado por: las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.

c) Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva (Ley 22175)

Artículo 7.- El Estado reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas.

Artículo 8.- Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

S) El Indígena y Código Penal de 1991

Es importante señalar el cambio legislativo ocurrido en el Código Penal peruano, promulgado el 3 de Abril de 1991. Aunque el artículo 15 se refiera al indígena como un individuo “culturalmente condicionado”, es oportuno resaltar que la pluralidad étnico-cultural ha hecho necesario que los valores culturales, diferentes a los de la Sociedad dominante, se vean reflejados en este catálogo delictivo.

Artículo 15.- Error de comprensión culturalmente condicionado

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

T) **La Constitución de 1993**

Siguiendo con el mismo patrón de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993 también regula a las **Comunidades** desde la perspectiva económica y haciendo una clara diferencia entre **Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas**, sin embargo introduce una nueva sub categoría económica en función a la cual gira el tratamiento de dichas comunidades y es la del régimen agrario.

TÍTULO III: Del Régimen Económico

CAPÍTULO VI: Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas (constitución 1993)

Artículo 88.- *El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.*

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89.- *Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

La interpretación de ambos artículos no ameritan mayor esfuerzo, pues queda claro que el apoyo preferente del estado esta en función a lo agrario, en la medida que “lo agrario” responda a las necesidades políticas, económicas y mercantiles del sistema, para el cual esta constitución fue forjada en 1993 durante el gobierno de Alberto Kenya Fujimori.

Pese a que la constitución de 1993 introduce conceptos novedosos como el derecho a la autonomía o autogobierno de las comunidades indígenas, la identidad étnica y cultural como derecho fundamental de toda persona (artículo 2 inciso 19), el reconocimiento de la jurisdicción indígena y la aplicación del derecho consuetudinario dentro del territorio comunal; sigue siendo una constitución a la medida de las necesidades globo neoliberales, y no esta en función de las Comunidades Originarias del Perú, mal llamadas campesinas, ya sea por un complejo de inferioridad o por la necesidad de desterrar el término de Indio como apelativo denigrante o adjetivo peyorativo, utilizado históricamente por los que atentan contra la dignidad de las personas para poder fundamentar sus privilegios. La

amenaza y el atentado legal en contra de las Comunidades subyace o esta latente en: 1) los límites que puede fijar la ley, 2) la propiedad y adjudicación en venta, por parte del estado, de las “tierras abandonadas”. Lo que en buena cuenta significa que el carácter protecciónista sobre las tierras comunales fue suprimido como derecho, dado que ésta Constitución les retiró la calidad de inembargables e inajenables.

En conclusión, el tratamiento de lo indígena desde la perspectiva de la Constitución de 1993, pese a la introducción de novedosas figuras, es vago, impreciso y cuando no, lesivo²⁵. Lo indígena es regulado de manera colateral dentro de un régimen económico-agrario, tratando de diluir su integridad en categorías que subliminalmente fragmentan y distorsionan la identidad ancestral de pueblos y naciones, que existieron mucho antes que el estado y las leyes fueran siquiera concebidos como tales. Se legisla y pretende regularse a las comunidades, sin considerar aspectos de mayor trascendencia frente a los cuales el estado peruano mantiene no sólo una deuda histórica sino también moral.

²⁵ Posteriormente se han promulgado leyes, como la cuestionada Ley de Tierras 26505, aprobada en Julio de 1995, que han afectado la integridad y la protección especial de los territorios.

III.- INSTITUCIONES

1.- Auto-determinación

A manera de referencia histórica se tiene que el derecho a la autodeterminación de los pueblos, cobra relevante vigencia hacia el final de la primera guerra mundial, en lo que se conoce como “los catorce puntos de Wilson”. Con este discurso, pronunciado el 8 de enero de 1918, ante el Congreso de los EE.UU -por el aquel entonces presidente Woodrow Wilson- se pretendía acabar con la Primera Guerra Mundial. La propuesta contenida en el punto quinto, establecía específicamente el reajuste imparcial de las reclamaciones coloniales; de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos; para lo cual los pueblos deberían **determinar sus fundamentos**, es decir, fundamentar por ellos mismos sus razones, dando origen a lo que actualmente se conoce como derecho a la autodeterminación de los pueblos”. Pese a que el tratado de Versalles (1919) no contempla expresamente la aplicación de dicho principio, en la práctica la autodeterminación tuvo vigencia en diferentes territorios europeos durante el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales.

En la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la autodeterminación esta prescrita en los artículos 3 y 4. El artículo 3 presenta la estructura básica de dicho derecho, mientras que el artículo 4 clarifica que el derecho a la autodeterminación está relacionado con el derecho que tienen todos los pueblos indígenas a ser autónomos y a autogobernarse.

Tener derecho a la autodeterminación, implica no sólo el poder elegir libremente organizarse y buscar el desarrollo económico, social y cultural; sino también mantener y fortalecer instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales propias, conservando además el derecho de participar plenamente, si así se quiere, en las áreas política, económica, social y cultural del Estado.

Uno de los principales temores que surge en torno al derecho a la autodeterminación, es el fantasma de la secesión; sin embargo, la Declaración no auspicia o estimula las intenciones separatistas de algunos pueblos, muy por el contrario promueve su participación en la vida nacional. En tal virtud, en su artículo 5 la Declaración deja entrever que el espíritu del derecho a la autodeterminación, reside en la participación de los pueblos indígenas en la vida nacional del Estado, al tiempo que busca proteger su identidad y cultura como pueblo indígena. Así mismo, en su artículo 46 establece claramente que nada de lo señalado en su texto debe ser entendido en el sentido que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

Otra de las situaciones que generó controversia en la Declaración, fue la referida al artículo 36 inciso 1. Muchos se mostraron escépticos, pues creen que el espíritu de la norma no sólo compromete la seguridad en las fronteras, sino que plantea un verdadero reto al derecho internacional migratorio. Frente a esta situación, cabe señalar que la Declaración no constituye una Ley o Tratado Internacional; sino que establece directrices y valores principistas que los diversos actores nacionales e internacionales deben tomar en consideración para respetar y hacer respetar eficazmente los derechos de los pueblos que existieron milenariamente mucho antes que los estados y las religiones que hoy imperan puedan siquiera haber sido concebidos como tales.

En síntesis, la Declaración reconoce que los pueblos indígenas tienen sus formas peculiares de organización y sistemas de representación, que deben ser respetados dentro de la estructura de los Estados, por ninguna razón el derecho a la autodeterminación representa una amenaza a la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos independientes. Dichas peculiaridades, no hacen de los pueblos indígenas entidades independientes de los estados, sino más bien son peculiaridades que deben tomarse en cuenta para obtener su consentimiento libre, previo e informado cuando tengan que tomarse o aprobarse medidas legislativas y administrativas que los afecten en el presente o que puedan afectar sus destinos o comprometer su futuro como pueblos originarios.

2.- Auto-identificación

De acuerdo a la guía para la aplicación del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en la parte pertinente del glosario, la autoidentificación se entiende, como el derecho de cada persona a decidir si se considera o no miembro de un pueblo o una comunidad indígena o tribal. Esta definición encuentra resonancia desde una perspectiva colectiva en la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la misma que en su artículo 33 inciso 1 estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, conforme a sus costumbres y tradiciones. Así mismo hace referencia que ello no restringe el derecho de obtener la ciudadanía del estado en que viven. En este sentido, se tiene que el criterio más importante para considerar o no indígena a una persona es la conciencia de su identidad. Huelga aclarar que en países latinoamericanos o tercer mundistas, la conciencia de la identidad indígena no implica necesariamente la autoidentificación como tal frente a la sociedad dominante, muy por el contrario, es algo que debe ser ocultado a como de lugar asumiendo nombres extranjeros, cambiándose los apellidos y/u optando por un estilo occidentalizado de vida. En países terciermundistas, en especial los latinoamericanos la autoidentificación como indígena, tiene sentido en la urgencia de protección internacional más que en el ejercicio mismo de los derechos allí contenidos.

La crisis de identidad por falta de educación, sumada a la asimilación a la cultura dominante y la alineación a culturas extranjeras es bastante común y linda con la huachafería y el disparate. Sin embargo esto tiene cierto sentido, a ningún padre en países latinoamericanos se le ocurriría nombrar a su hijo con un nombre indígena, prefieren los nombres extranjeros para que el niño no sea objeto de burla o discriminación. Sin darse cuenta que un nombre inglés o francés en la persona de un indígena, puede constituir un grave atentado en contra de su identidad. Así por ejemplo, se prefiere Brayan a Túpac, Jenry a Namoc, Yenifer a Urpy o Cusi; de igual manera algunos apellidos de marcada raíz indígena, son cambiados con mucha frecuencia, así tenemos de Chafloque a Chaflower, de Huamán a Hauman, de Ipinshe a Ipsen, etc.

3.- Consulta

La consulta como derecho de connotación jurídica internacional, sugiere una categoría institucional mucho más amplia que la de un simple derecho; más bien constituye el proceso, mediante el cual los gobiernos tienen la obligación de consultar a sus ciudadanos sobre las propuestas de política o de otra índole que puedan afectarlos directamente. Existen dos aspectos fundamentales para que un proceso de consulta pueda ser considerado como tal: 1) La oportunidad de manifestar su opinión, y 2) La capacidad de influenciar en la toma de decisión. Cualquier proceso de “consulta” (entre comillas), que no cumpla con estos requisitos, no es otra cosa más que la simple comunicación de una decisión política o administrativa ya resuelta, y lo que es peor decidida a espaldas del verdadero interesado. En otras palabras, un proceso de consulta sólo podrá considerarse como tal, si éste le brinda a los consultados no sólo la oportunidad de manifestar sus puntos de vista, sino también de influenciar en la toma de las decisiones que puedan afectar sus vidas y su futuro como pueblo.

A no dudar, hay conflictos de interés de por medio, por un lado, por ejemplo, desde los pueblos indígenas, es entendido como consulta previa aquella facultad que tienen para tomar decisiones sobre todos los asuntos que les afecten, incluido las actividades extractivas en sus tierras y territorios; en cambio, visto desde los gobiernos y la empresa privada, generalmente hay una coincidencia respecto a que la consulta previa, es la consulta a los pueblos indígenas para el establecimiento de medidas de prevención y remediación de impactos como los socioambientales.²⁶

Muchos gobiernos, especialmente los latinoamericanos han sido de la opinión que la potestad de decidir es exclusiva del Estado y que por ninguna razón se debe interpretar el derecho a la consulta como el derecho a voto y/o veto de los pueblos indígenas.

Bajo esta lógica los pueblos indígenas no pueden decir no. En otras palabras desde la perspectiva del estado y del capital internacional, el derecho a la consulta sólo es tal si la respuesta es positiva; es decir, los pueblos indígenas están condenados a dar siempre su consentimiento bajo la premisa de que nada malo puede ocurrir, ya que para ello existen las medidas de prevención y remediación de los impactos negativos que puedan generarse.

²⁶ De la Cruz Rodrigo, *Taller Técnico de las Naciones Unidas Sobre el Consentimiento Libre Previo e Informado de los pueblos Indígenas*, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 2005, página 2.

4.- Consentimiento Libre, Previo e Informado

Consentir literalmente significa autorizar, tolerar, permitir o dejar que se haga una cosa. Sin embargo el consentimiento desde el punto de vista jurídico-legal del Convenio 169 y la Declaración no necesariamente significa simplemente aceptar, tolerar o permitir. La categoría entraña una suerte de proceso el cual debe reunir ciertas características para ser considerado válido. Es decir, un “consentimiento” logrado a través de un proceso que no ha observado dichas características o requisitos, no es valido. Desde el punto de vista legal es nulo de puro derecho.

El Consentimiento Libre, Previo e Informado, implica todo un proceso que está muy ligado a la institución jurídica de la Consulta y que dada su complejidad debe ser analizado rigurosamente.

Un **consentimiento libre** significa una aceptación a la que se arribó sin ningún tipo de coacción, presión, amenaza o medida de fuerza. Por otro lado el ejercicio de la libertad para poder “consentir” implica, que exista más de una opción o alternativa. Es decir el llamado a aceptar o consentir libremente debe tener más de una propuesta diferente en naturaleza para poder elegir. Por graficarlo de alguna manera tenemos que, frente a la sed de un individuo, no se puede dar a elegir entre dos bebidas gaseosas “diferentes”. Es cierto ellas son diferentes pero en naturaleza son la misma cosa. Lo lógico sería ofrecer como alternativa un jugo natural de fruta o agua fresca. Ese significa que el elector, que va a prestar su consentimiento, tiene más de una alternativa la misma que es diferente en esencia y naturaleza.

El **consentimiento previo** esta referido al factor **tiempo** y específicamente a la **oportunidad** con la que se otorga dicha aceptación o consentimiento. Este consentimiento debe ser solicitado o requerido **antes** de la aprobación de la medida política o administrativa que ha de afectar la vida y el destino de los pueblos interesados. Si una medida legislativa o administrativa se aprueba y luego pretende convalidarse obteniendo la aceptación del pueblo –la licencia social-, lo que ha ocurrido es una **simple notificación del hecho**. En este sentido se le ha recortado al verdadero

interesado, la oportunidad de expresar su opinión e influenciar en la toma de decisiones que facultaron dicha medida.

Un **consentimiento informado** implica disponer oportunamente de toda la información posible y necesaria; y que además esta información llegue al interesado a través de los mecanismos más idóneos para el adecuado entendimiento y comprensión de la medida que se va a consentir o aprobar. Cuando se manifiesta que la información debe ser oportuna, se entiende que debe ser previa al consentimiento; previa tomando en consideración un periodo de tiempo más o menos razonable entre el periodo de difusión de la misma y la toma de decisión para el consentimiento; atendiendo, como es de suponer, a las circunstancias específicas del caso concreto.

Bajo esta lógica y el principio de la buena fe, se supone que la información no debe ser parcial, y mucho menos engañosa; debe ser veraz y completa. Antes de tomar una decisión, se debe contar con toda la información posible, es decir la información de todo el proceso y de todo lo que va a ocurrir. Además, se debe informar sobre las ventajas y los riesgos o consecuencias negativas que podría traer consigo la implementación de la política que busca ser consentida. Esta información debe ser difundida mediante mecanismos adecuados, pero no necesariamente “adecuados para los estados” o la comunidad en general, sino **adecuados para los pueblos indígenas interesados**. Lo adecuado de los mecanismos, esta estrechamente vinculado a la comprensión y entendimiento de las medidas a implementarse. Un mecanismo adecuado o idóneo es aquel que logra el entendimiento y comprensión cabal de la medida a implementarse.

Cabe hacer mención, que no todo proceso de consulta orientado a conseguir el consentimiento libre, previo e informado, está condenado a un “final feliz” para los gobiernos. En ese sentido, **los pueblos interesados pueden aceptar o rechazar la medida** – eso dependerá del grado de información con el que cuenten y de sus prioridades para decidir su desarrollo como pueblo- inclusive una vez aceptada, una medida, puede ser rechazada si de la evaluación o monitoreo de las actividades se advierten consecuencias de impacto negativo para los pueblos involucrados. Esta es quizás la razón fundamental por la que los gobiernos y las industrias -en especial las de capital transnacional, dedicadas a actividades extractivas- no están muy felices con la institución del consentimiento libre, previo e informado, ya que éste –desde su peculiar visión- constituye un canal eficaz para “vetar el desarrollo”.

A continuación se ofrecen textualmente dos definiciones: la primera a cargo de Fergus mackay, coordinador del Programa Legal de Derechos Humanos y ex miembro del Panel Consultivo de Personas Eminentas, responsables por brindar asesoramiento respecto a los contenidos del Informe RIE; y la segunda definición, a cargo del Programa de Derechos Humanos y Capacitación del Consejo Internacional de Tratados Indios.

¿En qué consiste el CLPI?

Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI) significa el consenso/consentimiento de los pueblos indígenas determinado en conformidad con los regímenes de derecho y prácticas consuetudinarias. **Esto no necesariamente significa que se tiene que contar con el acuerdo de cada uno de los miembros**, si no más bien, significa que se tiene que llegar a un consenso de acuerdo al derecho y a las prácticas consuetudinarias. En algunos casos, los pueblos indígenas pueden expresar su consentimiento a través de procedimientos e instituciones que no están basados formalmente o íntegramente en derechos y prácticas consuetudinarios, como por ejemplo a través de Consejos Legislativos o gobiernos tribales. Sin importar la naturaleza del proceso, **los pueblos indígenas afectados mantienen el derecho de negar su consentimiento o de retener su consentimiento hasta que se haya cumplido con ciertas condiciones**. El consentimiento deberá obtenerse sin coacción, antes de iniciar las actividades y después de la completa divulgación por parte del proponente, de la intención y alcances de las actividades del proyecto, en un idioma y a través de un proceso que sea entendido por los pueblos indígenas y comunidades afectadas.

En cuanto a la forma de procedimiento, el CLPI es un proceso administrativo que brinda la oportunidad para que tanto los pueblos indígenas afectados como el/los proponente(s) del proyecto, puedan poner sus preocupaciones sobre el tapete e identificar las soluciones a los problemas antes de que los pueblos indígenas afectados decidan si otorgar o no su consentimiento. **Podría ser necesario recurrir a este procedimiento varias veces durante las distintas etapas del proyecto**, por ejemplo: durante la etapa de evaluación de las

opciones, durante las evaluaciones de impacto social, cultural y ambiental, durante la exploración explotación o cierre.²⁷

¿Qué significa el Consentimiento Libre, Previo e Informado?

Consentimiento significa la manifestación de un acuerdo claro y convincente, de acuerdo con las estructuras, para la toma de decisiones de los Pueblos Indígenas en cuestión, lo que incluye los procesos tradicionales de deliberación. Estos acuerdos deben contar con la participación plena de los líderes autorizados, los representantes o las instituciones responsables de la toma de decisiones que hayan determinado los mismos Pueblos Indígenas.

Libre significa la ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios (a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final) y las tácticas de “dividir para conquistar”. **Significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o de represalias implícitas si la decisión final es un “no”.**

Previo significa que se permite tiempo suficiente para la recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir ninguna presión para tomar la decisión con prisa, ni ninguna limitación temporal. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado.

Informado significa la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos

²⁷ Mackay Fergus, *El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial*, Sustainable Development Law Policy, Edic. Washington College of Law & the Center for International Environmental Law, USA, 2004, pág.17

adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales.

Cualquier proceso o actividad que no cumpla con estos criterios para obtener el CLPI, tal y como lo establecen los Pueblos Indígenas afectados, será sometido a una orden inmediata de renuncia y abandono de dicho proyecto.²⁸

5.- Derecho Consuetudinario

No se puede abordar el tema del derecho consuetudinario sin antes hacer un análisis de la costumbre como práctica social y como fuente de derecho. A continuación trataremos de ofrecer una definición de costumbre en su acepción habitual, para luego abordarla como fuente del derecho y hacer un análisis de sus elementos y su importancia a nivel internacional como un instrumento de convivencia y como referente inmediato no sólo del derecho consuetudinario sino también del derecho escrito.

F) La Costumbre

Como ya se dijo anteriormente, la costumbre es la repetición más o menos constante de ciertos actos, con la finalidad de regular la convivencia humana, es una práctica social arraigada. Sin embargo, existen costumbres que cuentan con aprobación social, y otras que por no ser aceptadas socialmente se las considera malas costumbres, las mismas que a fuerza de repetirse constantemente se hacen comunes cobrando vigencia social. Y son paradójicamente estas últimas las que han obligado a los gobiernos a promulgar leyes para tratar de modificar esas conductas.

G) La Costumbre como Fuente de Derecho

Usualmente las leyes son codificadas de tal manera que concuerden con las costumbres de la sociedad, que regulan, y en defecto de Ley, la costumbre puede constituir una fuente de

²⁸ Programa de Derechos Humanos y Capacitación del Consejo Internacional de Tratados Indios, *Los Pueblos Indígenas y el Derecho al Consentimiento Libre Previo e Informado*, Ediciones Consejo Internacional de Tratados Indios (CITI), Julio-2008, Página 1 en: <http://www.chirapaq.org.pe/pdf/ago2008.pdf>

derecho, en la medida que de su práctica constante pueda derivar la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. Sin embargo para algunas realidades, como la realidad indígena; o en los países de aplicación del Derecho anglosajón, la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes o al mismo tiempo que la ley.

Dentro de esta misma lógica tenemos la **costumbre jurídica** que es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica. A esta costumbre jurídica también se le define como el conjunto de normas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes que puede generar consecuencias jurídicas. En ella se observan dos aspectos fundamentales que pueden ser considerados como requisitos:

- a)** El factor subjetivo u *opinio iuris*, que es la creencia o convencimiento de que dicha práctica generalizada es imperativa y como tal produce derechos y obligaciones jurídicas.
- b)** El factor objetivo o *inveterata consuetudo*, que es la práctica de la costumbre en sí y que debe ser reiterada y unívoca

Para que la costumbre represente una voluntad colectiva y espontánea debe ser general, constante, uniforme y duradera. Un ejemplo concreto en la región andina es que el dueño del animal macho-reproductor que fecundó a la hembra, tiene el derecho de propiedad de la mejor de las crías reproducidas. Otro ejemplo lo constituyen las servidumbres de paso y de uso; la práctica reiterada, pacífica y de buena fé de las mismas, no produce ningún efecto jurídico, sólo un estado de bienestar genuino y convivencia armónica dentro de una comunidad; pero su interrupción o perturbación generan consecuencias no sólo en el seno de la comunidad, donde se produce una sanción social, sino que también produce efectos jurídicos.

H) Pero ¿Qué se entiende por Derecho consuetudinario?

Desde el punto de vista del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el Derecho Consuetudinario, son reglas obligatorias de conducta que los pueblos indígenas y tribales, suelen aplicar a los miembros de sus propias comunidades. Con frecuencia este derecho no es codificado y no está reconocido por el sistema legal nacional de los países en los que dichos pueblos viven.

Conceptualmente se entiende al derecho consuetudinario, como un derecho opuesto al derecho positivo, es decir al derecho escrito o Ley formal. También se le conoce como derecho de usos y costumbres y es una fuente del derecho formal, es decir que este tipo de derecho basado en la costumbre origina o genera derecho escrito. Tomando en consideración su origen, el derecho consuetudinario, es un derecho o conjunto de normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente en el tiempo en un territorio específico. Tiene fuerza vinculante, es decir tiene carácter obligatorio y se recurre a él cuando no existe Ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho concreto.

Bajo esta lógica, también se le considera un sistema jurídico, como lo son el Derecho Continental y el Common law. Incluso en algunos países, naciones o pueblos, como es el caso de los pueblos indígenas de la región andina, el derecho Consuetudinario coexiste con otros sistemas jurídicos de naturaleza escrita como es el sistema romano-germánico. Pese a la importancia del derecho consuetudinario, existen quienes tratan de disminuirlo o restarle importancia por su falta de escrituralidad, sin embargo a ello se contrapone como ejemplo la Constitución no escrita de Inglaterra, cuyas fuentes de derecho las podemos encontrar en los grandes textos históricos como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628), el *Habeas Corpus* (1679), el *Bill of Rights* (1689) y el Acta de Establecimiento (1701).

I) Orígenes y Requisitos del derecho consuetudinario

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que los antecedentes más remotos del Derecho Consuetudinario se encuentran en los albores mismos de la humanidad, desde que el hombre, en virtud de su naturaleza gregaria, tiende a constituir sociedades primitivas, la fuerza de la costumbre se erige como la única norma de convivencia armónica. Es allí donde se hace más que evidente la necesidad de dos requisitos fundamentales para que una conducta califique como costumbre y tenga efectos jurídicos, es decir para que pueda existir derecho consuetudinario:

a) Uso repetitivo y generalizado (*inveterata consuetudo*). - Sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos o la gran mayoría de los miembros de una comunidad. Se debe tener en cuenta que cuando se habla de comunidad, se la refiere en su sentido más estricto posible, contemplando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas. Así mismo la conducta que genera costumbre o derecho consuetudinario, debe ser

una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. En otras palabras difícilmente se puede considerar costumbre a una conducta que no tiene **antigüedad**. Para graficarlo de otro modo tenemos que, una comunidad mediante un "contrato social" puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta a partir de día de hoy hacia adelante pero eso no la convierte en costumbre ni le da la fuerza o autoridad de tal, ese acuerdo la podría convertir en un acuerdo formal, en un derecho escrito, en una Ley; pero no en una costumbre que pueda ser considerada como derecho consuetudinario.

b) Conciencia de Obligatoriedad (*opinio iuris*).- Este es un aspecto valorativo de la conducta a ser considerada como costumbre. Un juicio de valor subjetivo, en virtud del cual todos los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una **autoridad**, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos o la gran mayoría de los miembros de una comunidad consideren que se ha violado un principio que regulaba su vida comunitaria. En ese sentido, es evidente que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre menos aún derecho consuetudinario en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Esa diferencia al derecho consuetudinario de la moral y la religión.

En conclusión, sólo con la convergencia de estos dos elementos es que podemos considerar que nos encontramos frente a una costumbre como fuente de derecho consuetudinario y ¿por qué no? Del derecho formal escrito.

J) La Costumbre y el Derecho Internacional

En derecho internacional, la costumbre es una práctica generalizada y repetitiva entre los Estados y entre otros sujetos de derecho internacional, es aceptada como norma y tiene carácter obligatorio bajo el imperio de lo que se conoce como expectativa de derecho. La costumbre a nivel internacional tiene tanta validez como los tratados internacionales.

El Tribunal Internacional de Justicia, en su artículo 38 de su estatuto, define la costumbre internacional como "prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho". Esta definición nos advierte que la costumbre es una forma espontánea de creación del derecho. Espontánea porque surge gracias a una práctica seguida por los Estados de manera uniforme y que, con el paso del tiempo, acaba consolidándose como Derecho.

No obstante, hay que tener muy en cuenta los hechos que llevan a una práctica general y uniforme a ser considerada como derecho. Para que la "opinio iuris" u elemento subjetivo se cristalice, resulta vital considerar las acciones u omisiones de los Estados y el grado de importancia de las mismas para que la comunidad internacional los acepte como norma de cumplimiento obligatorio.

A pesar de que la costumbre internacional implica la repetición de una conducta durante mucho tiempo, en la actualidad este requisito ha perdido importancia. Se habla hoy en día incluso de costumbres instantáneas en las que el tiempo necesario de una práctica para convertirse en costumbre es muy inferior al usual o es prácticamente nulo. Como ejemplo de costumbre instantánea a nivel internacional, la doctrina plantea el caso del Sputnik. Luego del lanzamiento al espacio del satélite Sputnik, por parte de la Unión Soviética, en 1957, se creó el principio de no apropiación del espacio ultraterrestre, el mismo que se convirtió en una costumbre internacional de manera instantáneamente.

A manera de referencia podemos citar que hasta el siglo XX, la costumbre internacional fue la fuente más importante del Derecho Internacional, pues el Derecho Internacional Clásico era un derecho de carácter relacional es decir un derecho de relación entre los Estados. Es a partir del siglo XX, con el paso de la coexistencia relacional hacia la cooperación, que se acudió a los Tratados Internacionales para regular crecientes relaciones de interdependencia entre los Estados. Sin embargo, la costumbre internacional decae en su uso porque el Derecho Internacional Clásico era un Derecho eminentemente eurocéntrico, es decir hecho a la medida de las necesidades de Europa. Conforme otros países fueron adquiriendo su independencia, empezaron a cuestionar este sistema de costumbres internacionales pues no reflejaban los intereses de los países emergentes. Esta nueva situación provocó que estas normas fueran progresivamente modificadas o reemplazadas por tratados internacionales formales de los que son inevitablemente fuentes inmediatas.

6.- Derechos Colectivos

Dentro de la evolución histórica de los derechos humanos, los derechos colectivos se insertan dentro de los derechos de humanos de la tercera generación. El término derecho colectivo esta referido al derecho que poseen los pueblos a ser protegidos legalmente de cualquier tipo acción u omisión en contra de sus intereses e identidad como grupo. Desde la

perspectiva indígena, el más importante de los derechos colectivos, es el derecho de autodeterminación.

A manera de referencia histórica podemos mencionar que en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, derechos, que en su totalidad estaban referidos al individuo como sujeto de derecho individualmente considerado. Sin embargo, la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, recogió expresamente el concepto de **libre determinación de los pueblos** en su artículo 1, dedicado a los principios de la Organización, y el artículo 55, dentro del Capítulo IX, sobre Cooperación internacional económica y social. Así mismo, la autodeterminación, como derecho colectivo, también inspiró el tratamiento que se dio a los territorios coloniales.

Doctrinariamente el tema de los derechos colectivos es bastante controvertido, sea porque entran en un conflicto de superposición con respecto a los derechos individuales o porque algunos expertos son de la opinión que esta clase de derechos simplemente no existen; y de aceptar su existencia, también cuestionan ¿cuáles son realmente estos derechos además de el de autodeterminación? Otra controversia la suscita la calificación de determinados derechos sociales como la huelga o la negociación colectiva, que para algunos son **derechos colectivos**, mientras que para la opinión más extendida son derechos individuales ejercidos colectivamente. Como ejemplo podemos referir el caso de España. El derecho a la autonomía es el único **derecho colectivo** que reconoce la Constitución de 1978. El sujeto de este derecho son las diversas nacionalidades y regiones existentes en el territorio español. El único pueblo soberano en ella es el que se considera pueblo español, siendo los pueblos de España entidades protegidas por la Nación española para el ejercicio de sus derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Sin embargo, salvando las discrepancias en torno a su existencia o no, tenemos que el reconocimiento de estos derechos es indispensable para mantener un sistema efectivo de protección para los pueblos indígenas del mundo. Individualizar derechos referidos a la cultura, toma de decisiones o al control y uso de la tierra o territorio indígena, simplemente desnaturalizaría el propósito que se supone estos derechos encarnan. Tratando de establecer una clara diferencia entre derechos individuales y derechos colectivos tenemos

que, mientras que los primeros son reconocidos como inherentes a la persona humana en su condición de sujeto de derecho individualmente considerado, y por lo tanto pueden ser invocados individualmente y en nombre y beneficio del propio individuo; los derechos colectivos son acreditados a grupos humanos y pueden ser ejercidos y/o reclamados por ellos en conjunto o por sus representantes debidamente autorizados. Como ejemplos de derechos colectivos, tenemos el derecho a usar el propio idioma o el derecho a practicar la propia espiritualidad o manifestar ceremonias religiosas. Estos derechos pueden ser ejercidos individualmente, pero de ser así carecen de sentido o propósito para un colectivo humano como entidad comunidad o nación.

C) Los derechos colectivos en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Organización de los Estados Americanos, en un intento por articular la normatividad internacional respecto a la problemática de los pueblos indígenas de la región americana, también prepara el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos en su sesión del 14 de Mayo de 2008. En la preparación del Proyecto de Declaración, la Comisión desarrolló, desde 1990, el principio jurídico que derecho individual y derecho colectivo no se oponen entre sí, sino que más bien, son parte del principio de goce pleno y efectivo de los derechos humanos. Tomando como precedente el artículo 29 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos²⁹ que reconocen la existencia de derechos que sólo pueden ser gozados en conjunto con los demás miembros de una colectividad, la Comisión consideró que el

²⁹ Artículo 29 inc.1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”

Artículo 27 del *Pacto Sobre Derechos Civiles y Políticos*: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”

pleno goce por parte de cada individuo de ciertos derechos individuales sólo es posible si se reconoce dicho derecho al resto de los individuos miembros de esa comunidad, en tanto sean un grupo identificable u organizado. Por ejemplo, el derecho a utilizar su propio lenguaje, o a profesar una religión o espiritualidad ancestral, no sólo requiere que se respete al individuo para que pueda ejercer estos derechos, sino también urge el respeto a toda esa colectividad, para que pueda establecer sus instituciones, practicar sus ceremonias y desarrollar su identidad, costumbres, creencias y elementos culturales comunes. En el proyecto de Declaración dicho concepto se plasma en todo su articulado, relativo a derechos culturales, políticos y económicos. Vale decir que los derechos que se enuncian en el proyecto tienen como sujeto de derecho a las comunidades indígenas, se refieren a condiciones jurídicas colectivas de las mismas, y pueden ser reivindicados según el caso por los propios integrantes de las comunidades o por las autoridades representativas en nombre e la comunidad.

D) Ejercicio de los Derechos Colectivos

Los derechos colectivos se contraponen a la concepción europea del derecho, la misma que tiene como base la teoría del contrato social y la oposición del derecho del individuo frente al ejercicio del poder del estado. Sin embargo, desde la perspectiva indígena, es decir la perspectiva de una sociedad tradicional, sin estado, la concepción del derecho es diferente: Los seres humanos, nacen en una muy integrada red familiar de afinidades sociales, políticas y religiosas. La identidad de la familia, el clan, la tribu y la comunidad son parte integral de la identidad del individuo; los derechos y las responsabilidades existen solamente dentro de esta estructura. En este sentido la sociedad indígena es horizontal y no vertical, consiste en una trama de relaciones personales basadas en la buena fe y el honor de la palabra para el bienestar común, el individuo deja de ser tal para convertirse en su pueblo o comunidad, cualquier cosa que afecta al individuo, afecta a la comunidad.

En la mente de los pueblos indígenas, sus naciones no son como las europeas; las que tienen una existencia Hegeliana distinta, separadas y a parte de sus propios individuos; sino que los miembros de una comunidad están existencialmente atados, los unos a los otros, en una poderosa trama de relaciones horizontales de respeto mutuo y voluntad de un futuro común como grupo. No obstante, existen estructuras de autoridad y existe un proceso de formación de voluntad común,

frente a una visión individualista del futuro. Este proceso de toma de decisiones, así como su cultura, geografía y sus estructuras económicas, sociales políticas y religiosas, es lo que los derechos colectivos de los pueblos indígenas están destinados a proteger.

Pero, frente a la interrogante de ¿Qué significa ejercer derechos colectivos? Tenemos que para los pueblos indígenas ejercer derechos colectivos significa dejar de ser uno mismo para convertirse en su pueblo; significa tomar control de sus propias vidas, de su pasado presente y futuro; significa conservar sus tierras y territorios con sus ecosistemas y en ese espacio vital construir verdaderas alternativas de autogestión social, económica, política y cultural de sus comunidades, a partir de sus propias instituciones tradicionales y cosmovisión. Y en este proceso, la recuperación, innovación y aplicación de sus conocimientos y prácticas ancestrales tiene trascendental importancia.

“Aquí estamos, resistiendo... avanzando, ejerciendo nuestros derechos, pues en esta revolución, si somos capaces de ejercer nuestros derechos colectivos en nuestros territorios comunitarios, entonces podremos garantizar nuestra vida como pueblos. El ejercicio de los derechos colectivos, hoy en día, es nuestra alternativa frente a la voracidad de la globalización económica. El ejercicio de los derechos colectivos más que discurso reivindicador, es ante todo una acción social. Es nuestra alternativa de vida”.³⁰

7.- Dignidad y Diversidad

La palabra dignidad deriva del adjetivo latino *dignus*, que se traduce en "valioso"; es el sentimiento que nos hace sentir valiosos, sin tener que considerar el aspecto material, social o espiritual de nuestra vida. Es decir, la Dignidad es el valor intrínseco y supremo que tiene cada ser humano, independientemente de su situación económica, social y cultural, así como de sus creencias o formas de pensar. La dignidad es inherente al ser humano, ésta no deriva de la Ley o de voluntad política alguna el ser humano posee dignidad desde el instante mismo de su concepción y es inalienable.

³⁰ Dra. Noly Fernández, Directora de Salud Indígena, Ministerio del Poder Popular para la Salud Indígena, Gobierno Bolivariano de Venezuela.

La dignidad, es un atributo exclusivo del ser humano y reposa en su racionalidad y poder creador. En virtud de su racionalidad es capaz de ejercer su libertad, tomar sus propias decisiones y por lo tanto es consciente y responsable de sus actos. La universalización de la dignidad, es un presupuesto para la consecución de una verdadera emancipación y pacificación moral de la humanidad: el ser humano, varón o mujer, niño o anciano, enfermo o sano, religioso o ateo, malvado o benevolente, blanco o negro... Es *siempre digno* porque puede decidir qué ser, porque no es sólo lo que es, sino también sus aspiraciones y proyectos personales.

La dignidad se fundamenta en el reconocimiento de la persona de ser merecedora de respeto, es decir, que todo ser humano merece respeto sin importar quien sea o cuán diferente sea. El reconocimiento y tolerancia de la diversidad, de las diferencias de cada persona, es el presupuesto lógico elemental para que ésta se sienta digna y libre, es de este modo como se afirma la virtud y la propia dignidad del individuo, fundamentado en el respeto a cualquier otro ser por muy diferente o diverso que este sea.

Es una aspiración suprema lograr el equilibrio armónico de una sociedad diversa y para ello la dignidad del ser humano representa el primer eslabón de la cadena. Frente a la diversidad, la dignidad representa el verse reflejado en la persona del otro, verse plenamente realizado en el respeto de su condición humana, sin embargo un exceso de dignidad, puede fomentar el orgullo propio, pudiendo crearle al individuo la sensación de tener derechos exclusivos o ser merecedor de ciertos privilegios y ello constituye un peligro que puede generar ciertas distorsiones como por ejemplo: el hecho de que a la mujer, a pesar de los logros obtenidos en sus derechos, todavía en muchos lugares se le sigue considerando de rango *inferior* con respecto al hombre y por lo tanto con menor dignidad; para justificar la esclavitud se decía que el esclavo no era persona humana, sino un objeto, lo mismo ocurrió con el indio durante la época de la colonia, se decía que no tenía alma y por lo tanto no poseía dignidad humana. Es constante en la historia de la humanidad negar la dignidad humana para justificar y justificarse en los atentados contra ella.

B) **La UNESCO y la diversidad cultural**

La diversidad cultural refleja la multiplicidad e interacción de las culturas que coexisten en el mundo y que, por ende, forman parte del patrimonio común de la humanidad. Implica, por un

lado, la preservación y promoción de culturas existentes y, por otro, la apertura a otras nuevas culturas.

La Declaración universal sobre la diversidad cultural, adoptada por UNESCO el 2 de noviembre de 2001, se refiere a la diversidad cultural en una amplia variedad de contextos. Sin embargo, la Declaración tiene por objeto responder a dos preocupaciones fundamentales: en primer lugar, asegurar el respeto a las identidades culturales con la participación de todos los pueblos en un marco democrático; en segundo lugar, contribuir a la creación de un clima favorable a la creatividad de todos, haciendo de la cultura un factor de desarrollo de los pueblos. Esta Declaración surgió del deseo de los Estados Miembros de definir un instrumento, que sirva de marco normativo, en el contexto de la globalización, con vistas a elaborar sus políticas culturales nacionales, en el respeto de las reglas internacionales y de los derechos fundamentales. Es la primera vez que la comunidad internacional posee un instrumento legal, que eleva la diversidad cultural al rango de "patrimonio común de la humanidad".

Por la antigüedad de su mandato cultural, sus competencias en materia de diversidad cultural y su carácter universal, la UNESCO es la institución apropiada para elaborar un marco internacional de políticas culturales.

Actualmente, se reconoce a nivel mundial que la diversidad cultural forma parte del patrimonio común de la humanidad, y que la producción y disponibilidad de una diversidad de bienes y servicios culturales procedentes de fuentes nacionales y extranjeras, introducen externalidades positivas dentro de una sociedad, es decir, introducen ventajas sociales y culturales que superan el valor puramente comercial de esos bienes y servicios. En este sentido, es evidente que la diversidad cultural contribuye a la cohesión social, la vitalidad de la democracia y la identidad de los pueblos, todos ellos componentes esenciales del desarrollo social y económico; por lo tanto, los gobiernos deben asumir el gran reto de fomentar que haya un contenido cultural variado y asegurarse que a nivel internacional existe un marco eficaz que garantice sus obligaciones y derechos en virtud de acuerdos internacionales que den cabida y apoyo a su capacidad para materializar en el ámbito nacional los beneficios de la diversidad cultural.

Desde otra perspectiva, se considera a la diversidad cultural como parte de la biodiversidad. Al igual que la diversidad genética o la diversidad de las especies, la diversidad cultural se manifiesta por la diversidad del lenguaje, de las creencias religiosas, de las prácticas del manejo de la tierra, en el arte, en la música, en la estructura social, en la selección de los cultivos, en la dieta y en todo número concebible de otros atributos de la sociedad humana y son algunos de esos atributos característicos, como por ejemplo, el nomadismo o la rotación de los cultivos, los que representan verdaderas "soluciones" a los problemas de supervivencia en determinados ambientes, ello sin considerar que, al igual que otros aspectos de la biodiversidad, la diversidad cultural ayuda a las personas a adaptarse a las múltiples variaciones de su entorno.

8.- Espiritualidad y religiosidad

Debido a que todas las religiones intentan promover la espiritualidad a través de sus propios principios, existe una gran confusión acerca del dominio y presencia de estas variables en la vida del ser humano. Establecer una diferencia, entre espiritualidad y religiosidad, que sea válida para todos los contextos y realidades es una tarea difícil por no decir imposible, sin embargo, se pueden identificar algunos aspectos de contraste y coincidencia en función a un punto de partida común. Ambas religiosidad y espiritualidad tienen como fin último y primero la búsqueda de lo sagrado o lo divino, entendiendo como "búsqueda" a un intento por identificar, articular, mantener, o transformar; y como "sagrado", a todo lo referido al ser divino o la "Ultima Realidad o Ultima Verdad, tal como es percibida por el individuo"

Es importante resaltar, que la espiritualidad y la religiosidad no son conceptos excluyentes y pueden interjectarse o existir separadamente, por lo tanto, deben ser cuidadosamente identificados, categorizados e interpretados de acuerdo al contexto y la realidad específica.

En un sentido amplio se tiene que la espiritualidad es la manera o forma como la gente entiende y vive su vida, en la búsqueda de su propio significado y valor trascendental y ello incluye a su vez un estado de paz y armonía. La espiritualidad también ha sido relacionada comúnmente con la necesidad de encontrar respuestas satisfactorias al problema del hombre y sus múltiples interrogantes como la vida y la muerte.

La Espiritualidad, según el *National Institute for Healthcare Research* (Instituto Nacional de Investigación para la Salud-NIHR 1997), ha sido definida como la búsqueda de lo sagrado y lo divino, a través de cualquier experiencia de la vida o del camino. Una definición más amplia debería incluir sentimientos de estar conectado con el sí mismo, con una comunidad, con la naturaleza y con el significado o propósito en la vida.

Pero, ¿Cómo podríamos distinguir la religiosidad de la espiritualidad? En el primer caso se trata de personas involucradas en las creencias, valores y prácticas propuestas por una institución organizada, y la búsqueda de lo divino, se logra a través de una manera de vivir, mientras que la Espiritualidad puede definirse como la búsqueda de lo sagrado o de lo divino, a través de cualquier experiencia de la vida. Otra de las diferencias, la más simple quizá es que el término espiritualidad es más amplio, universal y abarca o engloba a la religiosidad; es decir que, el término religiosidad se relaciona con la adhesión de una persona a creencias, valores y prácticas propuestas por una institución organizada, la cual prescribe maneras de ver y vivir la vida. Sin embargo, como ya se mencionara anteriormente, ambas tienen o parten de un foco o centro común, que consiste en sentimientos, pensamientos, experiencias y comportamientos orientados a la búsqueda de lo sagrado.

Dadas las circunstancias actuales, es oportuno referir que la práctica o adhesión a ciertas religiones puede implicar una búsqueda de metas no sagradas, ya sean intrínsecas o extrínsecas. Por ejemplo, la Religiosidad extrínseca significa utilizar los contactos sociales y los servicios religiosos, como una búsqueda de metas no sagradas, tales como el incremento de relaciones sociales, mejorar el estatus social o alcanzar algún beneficio no asociado necesariamente con lo sagrado. De igual modo, es importante resaltar que las religiones pueden implicar rituales o comportamientos prescritos (asociados con la búsqueda de lo sagrado) que han recibido valorización y apoyo por un grupo de personas, o comunidad pero no necesariamente son validados para la cultura dominante y ello tiende a generar tensiones sociales.

A manera de conclusión, se podría afirmar sin temor a cometer una equivocación que, la **Religiosidad** es un sistema organizado de creencias, prácticas, rituales y símbolos creados con el

único propósito de facilitar la cercanía a lo sagrado o trascendente (Dios, alto poder o sea cual fuere el nombre que se le quiera dar al ser supremo), diseñados para explicar y hacer entender la responsabilidad de un individuo, para consigo mismo, la naturaleza y los demás miembros de la comunidad. Mientras que, la **Espiritualidad** es la búsqueda personal, para encontrar respuestas a los problemas y las grandes interrogantes de la vida, para encontrar un significado como individuo y para relacionarse con lo sagrado y trascendente y a través de esa conexión espiritual buscar que trascender la existencia simple y cotidiana.

9.- Tierra y Territorio

E) Perspectiva del Estado

Desde la perspectiva del Estado **tierra**, no es más que una porción de área geográfica que se encuentra dentro de su territorio a la que un individuo o una persona jurídica puede acceder bajo el régimen jurídico de la propiedad privada. Bajo esta perspectiva moderna, la tierra encarna una connotación privada, comercial; es algo para poseer, apropiarse, algo sobre lo que se puede ejercer derechos reales. Es un derecho de personas y no de pueblos. En este sentido, los reclamos de los pueblos indígenas a los gobiernos se reducen al concepto de tierra, pues se puede conceder tierras en propiedad individual o colectiva pero de ninguna manera se puede aceptar que un pueblo indígena tenga territorio sin importar derechos ancestrales o deudas históricas.

Para el Estado, **territorio** es el elemento geopolítico constituido por la superficie terrestre, marítima y por el espacio aéreo sobre los que ejerce su soberanía. El *jus imperium* del Estado, no reconoce la posibilidad del derecho al territorio para ningún pueblo. Pues este es un derecho exclusivo del estado. El concepto de territorio se asocia con soberanía, y esta es una característica exclusiva de los estados nacionales. Frente a esto, la pregunta que se formulan algunos líderes indígenas es ¿Cómo es posible que una invención geopolítico-administrativa moderna pueda tener mucho más derecho y reconocimiento que instituciones milenarias y culturas ancestrales que aún hoy sobreviven en la expresión de sus pueblos?

F) Perspectiva del Sistema Económico Imperante

Para el capitalismo, sea cual haya sido o fuere su versión a través de la historia de la humanidad, la **tierra** ha sido concebida como materia prima. Algo a lo que hay que dominar y poseer, explotar y abandonar cuando el derecho de propiedad resulte económicamente estéril.

Actualmente, las agencias oficiosas del sistema capitalista, es decir las corporaciones transnacionales, están no sólo apropiándose de la mayor cantidad de tierra, sino también invadiendo territorios ancestrales, destruyendo pueblos, culturas históricas y apoderándose arbitrariamente de todo cuanto existe en ellos.

“Necesitan de nuestros territorios, de nuestros ríos, de nuestras lagunas, de nuestros bosques, de nuestro aire y también de nuestras vidas y conocimientos para implantar su nuevo sistema mundial de producción, de consumo y de mercado global. Para ellos nosotros los indígenas, junto con nuestros territorios, ecosistemas y la biodiversidad **somos sólo una simple "materia prima" para ser privatizada, procesada y vendida en los mercados mundiales.**”³¹

La usurpación de nuestros territorios indígenas, por parte de las corporaciones transnacionales, está en plena marcha y se viene ejecutando con una violencia inhumana y sofisticada. Nuestros territorios, son ahora teatros de operaciones de grandes empresas petroleras, mineras, madereras y forestales, además de las farmacéuticas, alimenticias y biotecnológicas. Ante esta situación, como representante indígena me pregunto: ¿Qué nos brindan y qué de bueno nos dejan a cambio estas empresas? ¿Cuál es el progreso y desarrollo que nosotros como indígenas hemos recibido de ellas? ¿Cuál es el aporte cultural, social, tecnológico y económico que dejan en nuestros pueblos?³²

Frente a este problema, la secuencia de interrogantes para tratar de encontrar la "obra positiva" del régimen económico mundial, puede ser infinita y variada; sin embargo la respuesta indígena siempre será la misma en todas las regiones del mundo: destrucción de bosques, contaminación de ríos, epidemias y enfermedades,

³¹ Alcides Chuquilín Alfaro, líder indígena de la Región Kuntur Wasi-Cajamarca Perú, Activista en materia de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, actualmente encabeza el movimiento de resistencia de su comunidad frente a los intereses de Minera Yanacocha.

³² Adelard Blackman, Emisario Especial de la Nación Dene-Buffalo River-Canada, ante la Organización de las Naciones Unidas.

violencia y empobrecimiento económico, social y cultural de comunidades y naciones enteras. Esta es la realidad que las empresas ofrecen a los gobiernos del mundo a cambio de la entrega de los territorios indígenas y el sacrificio de naciones y pueblos que en ellos habitan. “Nos han impuesto una guerra que sólo tendrá final cuando los indígenas del mundo ejerzamos nuestros derechos como pueblos”³³.

Para el Neo-liberalismo globalizador y sus operadores económicos, la noción de **territorio** resulta contraproducente para sus intereses. Sea esta noción proveniente del Estado (territorio igual soberanía) o de los pueblos indígenas (territorio igual derechos ancestrales) siempre resultará siendo un impedimento para sus intereses económicos transnacionales al menos que se cuente con la “buena voluntad política” de gobiernos adeptos y de un entreguismo incondicional. Bajo esta misma lógica se pretende acabar con los nacionalismos y mundializar mercados, que no es otra cosa más que el reparto de los mercados ya existentes (con consumidores cautivos) para implantar una economía que lejos de producir riqueza tienda a especularla.

En un intento por graficar la situación mundial de los pueblos indígenas, tenemos que las empresas transnacionales son monopolios de poder neo-colonial que controlan los mercados mundiales y deciden lo qué se debe producir, consumir y exportar; imponen gobiernos, utilizan ejércitos y establecen leyes nacionales e internacionales a su medida. De esta forma, los pueblos colonizados de hoy, al igual que los de ayer, son sometidos a los sistemas políticos, los hábitos de "vida", las formas de comunicación y los modelos de producción y de consumo de los neo-colonizadores. En palabras claras, a los colonizados se les impide el derecho de elegir y tomar la decisión para construir su propia historia como pueblo. Desde la perspectiva indígena, que no necesita de filosofías e ideologías políticas para interpretar su propia realidad, el modelo de la globalización económica impuesto por las corporaciones privadas es un proceso humillante para los pueblos indígenas. Es un modelo de muerte. A decir del sociólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen “En términos generales, la globalización neoliberal ha sido muy destructiva con los pueblos indígenas, con quienes se ha ensañado sobre todo en lo que se refiere al despojo de sus territorios,

³³ Mike Cooper, Coordinador del Programa Journeys para la juventud indígena de la Nación Cree, Edmonton Canadá.

cultura e identidades, contaminación en su territorio y por lo tanto en sí constituye una violación sistemática de sus derechos humanos reconocidos internacionalmente”³⁴

G) Perspectiva de los Pueblos Indígenas

Para los pueblos indígenas, sin excepción, **La Tierra** es madre, es seno, es un ente vivo que provee todos los recursos necesarios para hacer posible la vida, para la subsistencia de todo cuanto en ella habita. Se es parte de ella y no dueño de ella, se la habita, se la respeta y se la cuida. “La Tierra es la trama de la vida, nosotros somos sus hilos, cualquier cosa que le ocurra a ella, le ocurrirá también al hombre”³⁵

Esta visión de tierra, ha permitido conservar y aprovechar adecuadamente todos los recursos que ofrece la naturaleza en las diversas comunidades que aún no han sido totalmente “asimiladas” o “penetradas” por sus respectivos estados y su modernidad. Desde su cosmovisión y su propia forma de entender la tierra, los pueblos indígenas han construido a través de los siglos una visión propia de la vida, ligada filosóficamente a lo que muchos hoy en día llamarían el “buen vivir” y “la tierra sin mal”. El primero establece la conservación de los bosques sin contaminación. Siendo éste el escenario que conocemos como "la tierra sin mal", condición básica para la práctica del "buen vivir". De acuerdo a la sabiduría indígena, el conocimiento ancestral conduce al “buen vivir”, su aplicación y práctica cotidiana permite construir y conservar "la tierra sin mal". Para los pueblos indígenas, los conocimientos ancestrales, nacen y se recrean en la tierra en los ecosistemas de sus territorios, este saber se recibe de las energías, que no se crean ni se destruyen, y de los seres sagrados que habitan en ellos. Por eso, los conocimientos están asociados a todos los seres vivos que habitan en "la tierra sin mal". Todos estos conocimientos son colectivos, se renuevan y se transmiten de generación en generación, garantizando de esta manera, la conservación de la madre tierra y la armonía de sus ecosistemas.

Desde la visión de los pueblos indígenas, **El Territorio** constituye la tierra en sí, es decir un espacio natural de vida, concebido como una unidad ecológica fundamental donde se

³⁴ **Rodolfo Stavenhagen** ex Director General Adjunto de la UNESCO. En 2001 fue nombrado por la Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, el primer Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas a través de la Resolución 2001/57. Su mandato expiró el 30 de abril de 2008. Fue sucedido por el Profesor **S. James Anaya**, de la Universidad de Arizona.

³⁵ Martín Callisaya Coaquira (Illapa) Embajador de Bolivia en Costa Rica.

desarrolla la vida en sus múltiples expresiones y formas; para los pueblos indígenas, este espacio natural de vida es fuente de saberes y conocimientos, de cultura, identidad, tradiciones y derechos. Es un espacio esencial en donde se desarrolla un ministerio de comunidad, una comunión de vida como pueblos, donde se reproducen de manera permanente como sociedades diferenciadas en lo social, económico, político y cultural, de generación en generación. Por tanto, la visión de territorio está íntimamente ligada al ejercicio de libertades y derechos fundamentales, específicamente de derechos colectivos y de autodeterminación como pueblos.

"Nuestro territorio no es una cosa, ni un conjunto de cosas utilizables, explotables, ni tampoco un conjunto de recursos (...) Nuestro territorio, con sus selvas, sus montañas, sus ríos, sus lagunas y humedales, con sus lugares sagrados donde viven los supai (dioses protectores), con sus tierras negras, rojas y arenosas y sus arcillas es un ente vivo que nos da vida, nos provee agua y aire; nos cuida, nos da alimentos y salud; nos da conocimientos y energía; nos da generaciones y una historia, un presente y un futuro; nos da identidad y cultura; nos da autonomía y libertad. Entonces, junto con el territorio está la vida y junto a la vida está la dignidad; junto al territorio está nuestra autodeterminación como pueblos".³⁶

Sin embargo, cabe hacer extensiva la significación del concepto territorio no sólo a ese espacio geográfico de tierra firme, sino también al mar, a los ríos, glaciares y los lagos, cuando ellos constituyen no sólo ese aspecto material y tangible de una determinada área geográfica, sino también integran a la cultura, historia e identidad de un pueblo con sus memorias, sus valores, sus instituciones y su espiritualidad. En este sentido, el territorio indígena para el clan Huamanchumu³⁷, últimos descendientes de la Cultura Mochica-Chimu, está constituido por el mar, específicamente aquel que baña las costas de la Comunidad Indígena de Huanchaco, en la costa norte del Perú. Lo mismo podría decirse de los Urus del Titicaca³⁸, para quienes el lago constituye el verdadero territorio de una nación indígena que reverbera milenios de historia, tradición y conocimientos ancestrales.

³⁶ Declaración presentada en la VII sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU por un representante del Pueblo Kichua de Pastaza, Amazonía del Ecuador.

³⁷ Ver historia del linaje indígena Guamanchumun <http://escueladetablamuchik.com/Dnapellido.html>
³⁸ Ver referencia de los Urus del Titicaca [http://es.wikipedia.org/wiki/Uro_\(etnia\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Uro_(etnia))

Como investigador considero más que oportuno ofrecer algunas concepciones sobre territorio, brindadas por los propios representantes de los pueblos indígenas ante el Foro Permanente de las Naciones Unidas:

“Territorio, es la tierra ancestral heredada de nuestros mayores y que se debe ser transmitida a nuestros hijos y a los hijos de nuestros hijos, conservándola y si se puede mejorándola”, “Territorio es todo, es el espacio, el aire, el suelo, el subsuelo, el trabajo y la producción de nuestros ancestros, es el derecho de propiedad, el derecho de gobierno para tener libre determinación”, “El concepto de territorio, se refiere a un área geográfica o un espacio de nuestra madre naturaleza, que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo.” “Territorio, es el espacio donde desarrollamos nuestra cultura y espiritualidad, nuestra lengua, nuestra historia y forma de organización social.” “Territorio, es el hábitat en donde un pueblo ejerce control, donde asienta su cultura, su identidad, donde se siente en comunión con el otro y a través del otro, consigo mismo; donde esta vigente su propio derecho, un derecho auténtico, indígena y en donde sus propias autoridades pueden impartir justicia.” “La noción de territorio crea la posibilidad de ejercer control y autoridad sobre los recursos (suelo, sub-suelo) y sobre los procesos sociales que ahí se dan.”

Como se ha podido apreciar, la noción indígena de **Territorio**, integra los elementos de la vida en toda su diversidad **natural** y **espiritual**: la **tierra** con su variedad de suelos, ecosistemas y bosques, la diversidad de los animales y las plantas, los ríos, lagunas y esteros. Los ecosistemas naturales, son considerados como hábitat de energías y fuerzas protectoras (los dioses) de la diversidad de la vida y gracias a ellas se mantiene la integridad y el equilibrio del bosque, de los ríos, de las lagunas y la fertilidad del suelo, lo que permite que las plantas y animales puedan vivir y reproducirse. Los seres de la naturaleza se interrelacionan con los *ayllus* (familias) mediante la aplicación y práctica cotidiana de conocimientos ancestrales. Desde esta dimensión, el **territorio**, es un concepto que integra lo histórico, lo mítico, el conocimiento y amor por la naturaleza, en una visión comunitaria de la vida. Es decir, integra la cultura y la identidad de un pueblo con sus memorias, sus valores, sus instituciones y su espiritualidad. Nuestra tradición ancestral andina, por ejemplo, nos enseña que el territorio, no es un recurso a ser explotado, sino un

espacio de vida, donde hombres y mujeres son un pueblo, una comunidad que es parte de ese espacio natural, en donde se comparte la vida con otros seres vivos en una relación de reciprocidad. En tal sentido, la vida e identidad de nuestros pueblos están ligadas profundamente a su visión de territorio, por tanto, sus ecosistemas, la biodiversidad, sus recursos naturales y todos los conocimientos ligados a su conservación y uso, son recursos estratégicos para la seguridad y pervivencia autónoma de nuestros pueblos indígenas.

H) Perspectiva de la Declaración

Desde la perspectiva de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el concepto de **territorio**, tiene una connotación mucho más amplia que el concepto de tierra. Desde la perspectiva de la Declaración, territorio abarca a la tierra la misma que esta compuesta por todos los recursos que ella pueda contener. Desde esta dimensión, **tierra** significa aquella parte del territorio sobre el que se practican actividades ancestrales, básicamente económicas como la agricultura y la ganadería; es aquella parte del territorio que contiene los recursos y por lo tanto provee sustento y a la que se respeta y protege. Desde esta perspectiva, el concepto de territorio abarca tierra, recursos, historia, conocimiento, identidad y espiritualidad. Territorio, es pues un concepto que posee una dimensión material tangible y otra abstracta e incorpórea, que no se puede ver pero si sentir, referida a valores y categorías colectivas supremas como el conocimiento, la sabiduría, la espiritualidad, la historia e identidad y aquella aspiración o proyecto de un futuro común.

10.- Identidad e Identidad Cultural

Antes de abordar el concepto de identidad cultural es importante hacer una breve referencia del lo que se entiende comúnmente por identidad. El significado posee dos acepciones: La identidad-individuo y la identidad-colectivo. La primera, entendida como distinción, diferenciación de un individuo con relación a otro o a un grupo determinado de individuos. Bajo esta acepción, el sujeto individualmente considerado existe como idéntico a si mismo, sin parecerse a nadie; y sino esta orgulloso de ser quien es, por lo menos no avergonzado de serlo por lo tanto es un individuo que tiene su “propia identidad”.

La acepción identidad-colectivo es la que comúnmente se conoce como identidad cultural. Desde que la cultura es un fenómeno que no puede ser concebido individualmente, sino como fenómeno colectivo; tenemos que cuando la misma identidad-individuo se verifica en más uno, es decir en un grupo o colectivo, nos encontramos frente a la identidad cultural, que es el conjunto de valores, tradiciones, símbolos, creencias, actitudes y modos de comportamiento que funcionan como un elemento de cohesión y diferenciación dentro de un grupo social, y que además actúan como sustento para que los individuos que la experimentan puedan fundamentar su sentimiento de pertenencia.

Antropológicamente hablando, son dos las corrientes que intentan interpretar el fenómeno de la identidad cultural: La esencialista, que afirma que la identidad cultural se hereda, es decir, que los rasgos culturales son transmitidos de generación en generación manteniendo la identidad a través del tiempo. Esta perspectiva presupone a la identidad cultural, como un proceso de esencia inmutable, considera que los diversos rasgos culturales son transmitidos a través de generaciones, configurando una identidad cultural a través del tiempo. Uno de los defensores de este modelo es el politólogo David Laitin, quien señaló que en la Guerra de los Balcanes, los serbios asesinaban croatas debido al odio ancestral que sentían por ellos, es decir, por una cuestión de identidad cultural heredada. Laitin afirma que la movilidad social e ideológica es posible, pero la cultural no. La corriente constructivista, como su mismo nombre lo indica, afirma que la identidad no es algo que se hereda, sino que es algo que se va construyendo. Por lo tanto, la identidad no es algo estático, sólido o inmutable, sino que es dinámico, maleable, es un proceso vivo figurativamente hablando. Un ejemplo es Somalia, que hasta el año 1991 era un país homogéneo, étnica, cultural y lingüísticamente, pero a partir de ese año el país cayó en una guerra civil entre clanes debido, en parte, a una ruptura de la identidad cultural hasta entonces homogénea.

En definitiva ambos enfoques aciertan parcialmente, pero fallan en la rigidez y exclusividad de sus tesis. Es decir la cultura es algo que se hereda pero no totalmente; no es inmutable, invariable, por lo que se va transformando continuamente a lo largo de la historia. En otras palabras, la transmisión de los rasgos culturales que pueden ser considerados como herencia cultural, es una herencia modificable a lo largo del tiempo y depende de factores concomitantes, concurrentes en un determinado espacio y tiempo histórico. Es decir, no es

simplemente una construcción que se realiza partiendo desde cero, sino que se parte de un sustrato básico sobre el que se trabaja y se moldea una identidad cultural determinada.

B) **Identidad Cultural como factor de oposición**

Actualmente, es común aceptar que la identidad cultural solo es posible si se enfoca o define en oposición a la existencia de otras identidades culturales; en tal sentido su estudio se efectúa no solamente como un fenómeno considerado en sí mismo, sino como un fenómeno en permanente oposición a algo que la define y fundamenta su razón de ser. Es decir, no hay razón para considerarnos diferentes sino hay un punto de comparación o referencia. El grupo se define a sí mismo como tal, al notar y acentuar las diferencias en relación con otros grupos y culturas. Dicho de otro modo, mientras que los estados tienden a uniformizar y a asimilar culturas a la cultura dominante, para evitarse dolores de cabeza, las identidades culturales cada vez más pugnan por un espacio, una presencia, han pasado de la resistencia a la propuesta de la expresión y presencia cultural. Desde esta perspectiva, la gente que cree pertenecer a la misma cultura, tiene esta idea porque se basa parcialmente en un conjunto de características y normas comunes, pero la apreciación de tales características y normas comunes, sólo es posible mediante la confirmación de su ausencia (de estas características o normas) en otras culturas.

La dinámica de la auto-definición o auto-identificación cultural implica un continuo contacto, roce o interacción entre culturas. En honor a la realidad cabe señalar que, esas relaciones nunca son de igualdad, dado que nunca se manifiestan de manera pura o aislada. Es decir, la complicada red de relaciones creada por la superposición de relaciones políticas, económicas, científicas y culturales, convierte cualquier relación entre dos culturas en una relación desigual, asimétrica, muchas veces injusta o arbitraria.

El hecho mismo de que dentro de una cultura o práctica cultural exista la conciencia de una identidad común, implica que también hay un impulso hacia la preservación de esta identidad, hacia la auto-preservación de la cultura. Si la identidad es construida en oposición a los extraños, las intrusiones de otras culturas implican una amenaza dado que significan la pérdida de autonomía, la pérdida de identidad y por lo tanto la extinción de la cultura. Los acuerdos o alianzas psicosociales compartidas, en los que se basa una identidad

son frecuentemente implícitas, de supremo valor al interno del grupo y son de vital importancia para el buen funcionamiento interno y equilibrio de una cultura.

A manera de conclusión, tenemos que la identidad cultural es un proceso indetenido, cuyos rasgos característicos esenciales han sido heredados y tienden a perpetuarse, aceptando cierto grado de evolución (cambio) en la forma, más no en el fondo de sus principios fundamentales. La identidad cultural como proceso social de interacción, es un fenómeno de oposición, es decir, afirma su existencia en la medida que sus rasgos característicos, sus normas, costumbres y manifestaciones culturales, no estén presentes en otros grupos o culturas. Otro aspecto digno de mención, es el hecho de que la mayoría de gobiernos del mundo ha tratado de implementar políticas de asimilación, tendientes a absorber las diferentes identidades culturales dentro de una sola cultura homogénea, bajo el absurdo de considerar que la única forma de proteger a los pueblos indígenas era incorporándolos a la cultura dominante, es decir, exterminándolos culturalmente. Cosa que se ha logrado con relativo éxito en algunos países y regiones del mundo.

11.- “Proceso y Procedimiento Equitativo y Justo”: Análisis

Para efectos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el concepto de “procedimiento” se contrapone al de “proceso”. En la medida que este último se refiere al derecho jurisdiccional formal, mientras que el primero, menos estricto y más flexible, sacrifica la forma de un proceso estrictamente legal por el fondo del asunto cuya finalidad es la administración de justicia. Al contemplar la figura de “procedimiento” la Declaración reconoce implícitamente al derecho consuetudinario, a las costumbres, a las prácticas, a las instituciones y a los procedimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

C) Lo equitativo

En lo que a **equidad** respecta, a manera de referencia podemos citar que proviene del latín *aequitas*, de *aequus*, que significa igual. Ella cobra una connotación de justicia e igualdad social, pero una igualdad asumida con conciencia responsabilidad y valoración de la individualidad de cada parte, con la finalidad de llegar al equilibrio. Mientras que lo justo se deriva de la aplicación estricta de la Ley sin mayores contemplaciones de diferencias o

circunstancias específicas del caso concreto. En resumidas cuentas y citando a Aristóteles tenemos que la equidad es la justicia aplicada al caso concreto, es decir, es lo justo en plenitud.

D) **Lo justo**

Según Aristóteles, muchas veces la búsqueda de lo **justo**, es decir la estricta aplicación de una norma a los casos que regula, puede producir efectos injustos. Ello hace necesario que en el Derecho se atenúen los efectos perniciosos del tenor literal de una Ley. El derecho romano refiere el "Summum Ius, Summa Injuria", que significa que del máximo rigor de la Ley, a veces se desprenden consecuencias injustas. Es por ello, que recurrir a la equidad en el derecho, equivale a resolver en virtud de una norma general sobre un caso específico, según las propias circunstancias de dicho caso.

La equidad está íntimamente ligada a la justicia y sin justicia la equidad carece de sentido. Por lo tanto dentro de la definición de éste principio encontramos referencias a lo justo o a la justicia. Sin embargo justicia y equidad son conceptos distintos.

La justicia es una categoría más general, universal y por lo tanto no siempre puede tener en cuenta los casos concretos en su aplicación. Tomando a la Ley como referencia o medida de la justicia, tenemos que la equidad estaría ahí junto a ella, en su aplicación, para corregir la omisión o el error producido por la aplicación rigorista de la misma. En conclusión, la equidad también es lo justo, y ambas, equidad y justicia, no son incompatibles sino que se complementan.

12.- Medidas: Eficaces, especiales, apropiadas, necesarias, adecuadas y Legislativas

Es oportuno señalar que tanto la Declaración como el Convenio hacen alusión en mayor o menor disposición a “medidas”, las cuales pueden ser eficaces, especiales, apropiadas, necesarias, adecuadas y legislativas. Primero, se debe clarificar que las “**medidas legislativas**”, a las que se refiere al artículo 38 de la Declaración se expresan en oposición a cualquier otro tipo de medidas que puedan adoptarse; en tal virtud hablar de medidas

legislativas implica referirse al protagonismo absoluto del único facultado para legislar: el estado. Y, no es casualidad que este tipo de medidas legislativas se propongan como medidas supletorias a las “**medidas apropiadas**”, cuando se trate de legislar sobre el derecho de consulta y el de cooperación de los pueblos indígenas en lo que se refiere a conseguir los fines de la Declaración. De ello se infiere que, el estado puede y de hecho debe actuar como última garantía cuando las medidas apropiadas no sean suficientes para ejecutar o ejercer los derechos contenidos en la Declaración. Por otro lado, “apropiado” significa acomodado o proporcionado para el fin a que se destina. Una medida apropiada es aquella que responde a las necesidades de las circunstancias del caso específico, es una medida flexible que se adecua, se acomoda, observa y respeta la multiculturalidad e idiosincrasia de los pueblos.

Antes de analizar lo que se entiende por “**medidas eficaces**”, es necesario analizar conceptos básicos como eficacia y eficiencia. La **eficacia**, también conocida como efectividad, es la capacidad de lograr el efecto deseado o esperado. En cambio, **eficiencia** es la capacidad de lograr el efecto deseado utilizando el mínimo de recursos posibles. Existe un ejemplo bastante simple y común para graficar el sentido de ambos conceptos, así tenemos que: matar una mosca de un cañonazo es eficaz o efectivo, pues conseguimos el objetivo pero es poco eficiente porque se gastan demasiados recursos para obtener la meta buscada. Pero acabar con el insecto con un matamoscas, aparte de ser eficaz es eficiente. Llevado a la práctica podría decirse que muchas veces la protesta social, de 10,000 ó 15,000 personas marchando a través de las calles y exponiéndose a la fuerza represiva del estado es eficaz para lograr un objetivo político o administrativo. Pero, hacerlo a través de sus representantes debidamente instruidos en sus derechos y obligaciones como tales, no sólo puede conseguir el objetivo, sino que lo puede hacer utilizando el mínimo de recursos y lo que es mejor evitando los actos de violencia represiva.

En la Declaración, las medidas eficaces están referidas a la educación (art.14), medios de información (art.16), mejoramiento de las condiciones económicas y sociales (art.21), contaminación, salud (art.29), protección de la cultura (art.31) y mantenimiento y desarrollo de contactos a través de fronteras internacionales (art.36). De acuerdo a lo antes

expuesto, “*adoptar medidas eficaces*” para hacer posible el ejercicio de los derechos en las áreas antes mencionadas implica lograr no sólo que estos derechos se ejerciten con el mínimo de recursos, sino que el “costo social” que los pueblos interesados tengan que pagar sea el mínimo.

Las “**medidas especiales**” a las que hace referencia el inciso 2 del artículo 21, se plantean como supletorias a las medidas eficaces que el Estado tiene la obligación de implementar para asegurar el mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales. La especialidad de una medida, radica en su carácter excepcional, no común. Es decir que tratándose del mejoramiento continuo de lo económico y social nada está condicionado a seguir funcionando bajo las medidas ya existentes, salvo que las medidas ya existentes estén dando buenos resultados para los pueblos indígenas. Las “**medidas necesarias**” están en función a la progresividad en materia del disfrute del más alto nivel de salud física y mental. Es decir que, la salud física y mental de la que un pueblo puede disfrutar debe ir mejorando progresivamente hasta alcanzar el nivel más alto posible y para ello, se tendrá que hacer todo lo que sea necesario. Las “**medidas adecuadas**” a las que se refiere el inciso 3 del artículo 32 de la Declaración, están en función a mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual en cuanto a la utilización de tierras, territorios y recursos se refiere. Es decir que, la implementación de medidas adecuadas presupone la existencia de otro tipo de medidas sobre las cuales tendrán que implementarse otras nuevas, adecuando su naturaleza y alcance para atenuar o aminorar las consecuencias negativas que las primeras no pudieron controlar.

**IV.- LEGISLACION: Convenio Número 169 de la Organización
Internacional del Trabajo.**

**1.- El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países
Independientes OIT**

D) Introducción al Convenio Número 169

El Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes núm. 169, constituye el instrumento jurídico internacional más importante y actualizado sobre la temática Indígena. En la medida que la mayoría de países signatarios han aceptado el carácter multiétnico y pluricultural de sus sociedades nacionales, la necesidad de, no sólo reconocer, sino respetar esta diversidad ha sido fundamental

para lograr la estabilidad política y encaminar a sus pueblos hacia el equilibrio y progreso social.

El Convenio como tal, representa un documento de vanguardia cuya influencia es significativa no sólo en la definición de políticas y programas nacionales, sino también en el establecimiento de pautas para la formulación de directrices y políticas que ilustran a las partes involucradas. Como ocurrió en Guatemala durante las negociaciones que culminaron con la firma (marzo 1995) del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. En esa oportunidad el Gobierno Guatemalteco y la *UNRG* (Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca) utilizaron el Convenio núm. 169 como parte del marco conceptual para alcanzar un acuerdo. Pese a que el Convenio aún no era exigible oficialmente, las partes involucradas hicieron un llamado a los partidos políticos para agilizar su proceso de ratificación, fue entonces que el Gobierno, tras la aprobación del Congreso, el 5 de marzo de 1996, registró la ratificación del Convenio ante la OIT en junio de 1996. Del ejemplo anterior se deduce que la ratificación del convenio y por ende su incorporación como Ley Nacional, de los estados signatarios, es una meta deseable y, en última instancia, necesaria; sin embargo, no es indispensable dado que un estado no necesita ratificarlo para hacerlo suyo y tomarlo como punto de referencia en la formulación de sus políticas internas sobre la materia. Con respecto a lo antedicho, también se tiene que, países desarrollados sin población indígena -como Alemania, Austria y los Países Bajos- consideran su ratificación como una cuestión de vital importancia, no sólo por consideraciones de orden humanitario y solidaridad sino porque consideran que al ratificar el Convenio serán más equitativas y efectivas las políticas de desarrollo y la ayuda bilateral dirigida a los pueblos indígenas y tribales.

En términos generales, es una preocupación de primer orden no sólo para los gobiernos y pueblos indígenas, sino también para la comunidad internacional, que los principios y filosofía del Convenio número 169 puedan traducirse en acciones concretas y significativas por se de justicia.

E) **Antecedentes del Convenio 169**

En lo que a los antecedentes del Convenio respecta, no se encontró un mejor recuento histórico y didáctico de los mismos, que el que se transcribe a continuación:

Desde sus primeros días, la OIT se ha preocupado de la situación de los pueblos indígenas y tribales. A principios de la década de los años veinte, la OIT se dedicó activamente a investigar el trabajo forzoso de las llamadas «poblaciones nativas» en las colonias. Los pueblos indígenas y tribales eran por definición parte de esa fuerza laboral colonial. Esta misma preocupación impulsó la adopción del Convenio sobre el trabajo forzoso (núm. 29) en 1930, lo que trajo consigo la adopción de normas y el desarrollo de actividades de cooperación técnica en relación con los pueblos indígenas y tribales.

La OIT también se interesó por los miembros de los pueblos indígenas y tribales como trabajadores, como cualquier otro trabajador. La protección es aún más necesaria en los casos en que dichos pueblos son expulsados de sus tierras ancestrales para convertirse en trabajadores temporales, migrantes, en servidores domésticos, y se encuentran, por lo tanto, expuestos a formas de explotación laboral cubiertas por el mandato de la OIT. Ya desde 1921, la OIT comenzó a realizar estudios sobre la situación de los trabajadores indígenas. La Segunda Guerra Mundial interrumpió estos esfuerzos, pero los mismos se reanudaron poco después. Desde 1957, los convenios de la OIT han constituido un aporte importante ya que son los únicos instrumentos jurídicos internacionales relativos a las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos indígenas y tribales. El primero de estos instrumentos, el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107), adoptado en 1957, fue el primer intento de codificar los derechos de estos pueblos en la legislación internacional. El Convenio núm. 107 cubría una amplia gama de temas relativos a los derechos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación. Veintisiete países lo ratificaron.

Con el paso de los años y la evolución de la opinión pública, algunos puntos débiles del Convenio núm. 107 empezaron a llamar la atención. Entre los

aspectos más discutibles figuraba el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por ellas. Con la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos Indígenas y tribales durante las décadas de los años sesenta y setenta y con la participación creciente de las organizaciones indígenas en el plano internacional, estos supuestos empezaron a ser cuestionados. Surgió entonces la necesidad de poner al día el Convenio núm. 107. La Reunión de expertos en 1986, convocada por el Consejo de Administración de la OIT, concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno».

El Consejo de Administración de la OIT reaccionó favorablemente, e inscribió el tema en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988 y 1989. En junio de 1989, el Convenio núm. 107 fue revisado a fin de incluir el principio fundamental de que la forma de vida de los pueblos indígenas y tribales es permanente y perdurable. Otro cambio fundamental que se introdujo fue el reconocimiento de que estos pueblos y sus organizaciones tradicionales deben estar estrechamente involucrados en la planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo que los afecten. El Convenio así actualizado se adoptó como Convenio núm. 169. Este Convenio establece un conjunto de normas internacionales mínimas, a la vez que mantiene las puertas abiertas para que, en aquellos países en donde es posible hacerlo, se adopten normas más avanzadas. Pretende contribuir al diálogo entre los gobiernos, las organizaciones indígenas y las organizaciones no gubernamentales, está siendo gradualmente ratificado por los Estados Miembros de la OIT y constituye la base de amplios debates nacionales en diversos países.³⁹

³⁹ Tomei Manuela & Lee Swepston, *Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo - Publicaciones, Ginebra Suiza, Impreso en Italia, Centro de Formación de la OIT, Turín, 1ra. Edición 1996, Página 1.

F) Interpretación del Convenio Número 169 de la OIT: Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes 1989

Preámbulo.-

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la

Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política general

Derecho como Pueblos

Artículo 1

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) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven 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.**

Comentario→ El derecho a ser reconocidos como pueblos con identidad propia y con derechos, se deriva no sólo de su presencia histórica sino también contemporánea, como referentes ancestrales de un pasado que debe ser tomado en cuenta para proyectarse hacia el futuro. El Convenio dispone que la conciencia de su identidad indígena o tribal, deberá ser considerada como criterio fundamental para determinar los grupos humanos a los que se aplican sus disposiciones. En este sentido, a cada gobierno le compete decidir a que grupos se le aplicará este Convenio, en base a los criterios objetivos y subjetivos pero siempre en consulta con los interesados y observando el principio de la Auto-Identificación, es decir teniendo en cuenta que bajo ningún motivo el Estado o grupo social tiene el derecho a negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena o cualquiera de sus miembros.

La interpretación del presente artículo nos induce necesariamente a una delimitación conceptual del termino “pueblos” y a determinar el porque de la diferencia entre “indígenas” y “tribales”.

La decisión de utilizar el término “**pueblos**” en lugar de poblaciones fue el resultado de largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones que sostuvo la Organización Internacional del Trabajo durante más de tres años. Aunque la tendencia de continuar utilizando el termino “poblaciones” del convenio Nro. 107 era bastante generalizada, se acordó finalmente que el único término correcto era el de “pueblos”, dado que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales. Tras extensas discusiones, también se decidió que: 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 termino en el ámbito internacional. En este sentido la introducción del párrafo 3, oportunamente responde a la preocupación expresada por varios gobiernos en el sentido de que el uso del término “pueblos”,

en el contexto internacional de la Convención, implicaría el reconocimiento, en el marco del derecho internacional, de posibles secesiones o movimientos indígenas independentistas, que utilizarían a la Convención para fundamentar posibles atentados en contra de la unidad política e integridad territorial de los países en que habitan. Finalmente se decidió que no era de competencia de la OIT decidir como o en que medida este término debía interpretarse en el derecho internacional. Sin embargo, quedo claro, que el Convenio no impone ninguna limitación al derecho a la autodeterminación de los pueblos, ni tampoco se pronuncia a favor o en contra del tal derecho.

En este sentido queda sumamente claro que, no hay ninguna disposición en el Convenio que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación.

En lo que al término “**indígena**” se refiere, tenemos que éste alude a poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o estilos de vida, que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban en un área específica antes de la llegada de otros grupos. Esta descripción es valida en América del norte, central y del sur, y en ciertas regiones del pacífico. Sin embargo, en gran parte del mundo no se distingue entre la época en la cual los pueblos tribales u otros pueblos tradicionales habitaron una región y el momento de la llegada de los otros grupos. Como ejemplo podemos citar al África, en donde no hay evidencia de que los Maasai, los pigmeos o los San, pueblos que presentan rasgos sociales, económicos y culturales propios, hayan llegado a la región que hoy habitan, antes que otras poblaciones africanas. Lo mismo ocurre en ciertas partes de Asia. Por consiguiente cuando la OIT comenzó a trabajar sobre estos temas decidió utilizar los términos de pueblos indígenas y tribales. La intención del convenio es social y no establecer una prioridad basada en los antepasados que habrían ocupado un área territorial primero. Por otro lado, el uso del término descriptivo “tribal”, referido a ciertos pueblos, tiene mejor aceptación por parte de los gobiernos que la descripción de esos mismos pueblos como indígenas. El Convenio no hace ninguna diferencia en el tratamiento de los pueblos indígenas y los pueblos tribales. Bajo el Convenio 169 ambos pueblos tienen los mismos derechos.

Responsabilidad de los gobiernos

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Comentario→ El presente artículo está referido a la responsabilidad que los gobiernos deben asumir, con participación de los pueblos indígenas, en el desarrollo de acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad.

La participación de los interesados se hace necesaria para la elaboración de estas estrategias o programas y el despliegue de acciones. En la medida que el derecho al desarrollo se concibe como un derecho colectivo de los pueblos indígenas, urge tomar conciencia de la importancia del derecho a participar, para el cual se hace imprescindible la organización y el fortalecimiento de las instituciones indígenas. Una nación o pueblo indígena que actúa consciente de su derecho a participar, puede exigir al gobierno que asuma con responsabilidad sus compromisos frente a sus gobernados. Una adecuada participación garantiza la influencia en el gobierno (en la toma de decisiones políticas y administrativas), en consecuencia, tiene garantizado su derecho al desarrollo

y cuando ello no fuera posible, por lo menos habrá garantizado su derecho a no ser objeto de abuso, arbitrariedades y violaciones de sus derechos humanos por parte del gobierno.

Artículo 3

- 1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.**
- 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.**

Artículo 4

- 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.**
- 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.**
- 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.**

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*
- d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;*
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.*

Comentario→ Los artículos 3, 4 y 5 desarrollan los principios enunciados en el artículo 2, para que los pueblos indígenas gocen en relación de igualdad, de los mismos derechos de los que gozan los otros ciudadanos pertenecientes a la cultura dominante de un país y para que se reconozca y proteja su existencia. El artículo 4 dispone que los Estados que ratifiquen el presente Convenio, adoptarán medidas especiales para salvaguardar a los pueblos indígenas y tribales, a sus instituciones, sus bienes, su trabajo o medios de subsistencia, su cultura y el medio ambiente donde ellos se desarrolle. Claro está, sin que ello signifique de modo alguno discriminación en cuanto al goce de otros derechos de carácter general. En otras palabras no se puede discriminar a las comunidades indígenas y tribales vía la aplicación del Convenio. Por su parte el artículo 5 establece que, al aplicar el Convenio, los Estados ratificantes deberán reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales, propios de los pueblos indígenas y tribales y que se respetará la integridad de sus valores, prácticas e instituciones. El fundamento que subyace en la protección que inspira a estos artículos, radica en la tolerancia y el respeto que debe existir hacia otras culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de los diferentes pueblos indígenas y tribales. Y no sólo eso, sino también la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin perdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por si mismos la forma y el ritmo de su desarrollo.

Derecho a la Consulta, a la Participación, a Determinar su Desarrollo

Comentario introductorio→ Si tuviéramos que elegir algunos dispositivos legales del presente Convenio, como aquellos que definen su política fundamental, categóricamente estos serían los

artículos 6 y 7. El derecho a ser consultado, a participar en las decisiones del gobierno, a decidir sus prioridades y a ser el protagonista de su propio desarrollo, sin duda alguna constituyen la filosofía básica de un Convenio que se instaura con la finalidad de reconocer las aspiraciones básicas de esos pueblos, de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su propio desarrollo económico, y de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estado en que viven.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;**
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen;**
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.**

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Comentario→ El artículo 6 prescribe, entre otras disposiciones, que los Estados deberán consultar a los pueblos indígenas y tribales, 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. Dispone a demás, que los Estados deberán establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados podrán desarrollar sus propias instituciones. Es decir que, mediante el artículo 6, se requiere a los gobiernos para que establezcan los medios

que permitan a los pueblos interesados **participar** en la toma de decisiones a todos los niveles: a nivel de instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que el proceso de consulta se realice mediante **procedimientos adecuados** y dirigidos a sus **instituciones representativas**, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de **buena fe** y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer la opinión de los pueblos interesados y de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento a cerca de las medidas propuestas. Sin embargo, ello no necesariamente implica que el resultado de la consulta esté condenado a obtener una respuesta positiva. Es decir, cada vez que los Estados tengan que tomar una decisión -que afecte a los pueblos indígenas y tribales- éste tiene la obligación de preguntarles con la finalidad de obtener su opinión y poder mejor ilustrar o fundamentar la decisión política o administrativa a tomarse. Las consultas con los pueblos indígenas y tribales también son obligatorias en los casos que se indica a continuación:

- Antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentran en las tierras de dichos pueblos;
- Cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otros lugares; y
- Antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos.

En lo que se refiere a la “buena fe” y “a la manera apropiada a las circunstancias” (artículo 6 inciso 2), tenemos que esto significa que al consultar a los pueblos interesados los gobiernos deben proporcionarles **toda la información**. Esta información debe reunir, pero no debe limitarse a los siguientes tres elementos: debe ser **completa, apropiada** y debe utilizar **mecanismos adecuados** para su correcta y completa comprensión, de modo que pueda ser entendida y asumida con responsabilidad plena por parte de los pueblos interesados. En este sentido, el estado está en la obligación de **informar**, no sólo sobre las **ventajas** y beneficios de la política que desea implementar, sino también de sus **riesgos, impactos negativos y efectos colaterales**. Por otro lado, la norma es clara al estipular que los gobiernos no pueden dirigir la consulta a cualquier grupo que declare representar a la comunidad interesada. Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre y representación de las comunidades o pueblos interesados. Por lo

tanto, los gobiernos, antes de iniciar las consultas tienen la obligación de identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar, cumplan con los requisitos de representación genuina, y esto no necesariamente implica una representación documental o formalizada legalmente.

El inciso 2 del artículo 6, es de singular vigencia en la mayoría de países latinoamericanos, en donde las consultas son efectuadas, no necesariamente de buena fe y lo que es peor son dirigidas a un sector que “dice representar” a la comunidad interesada, con la única finalidad de obtener “aprobación” y “licencia social” para perfeccionar el abuso. En este sentido, es muy común observar representaciones “administrativas”, “legalmente formalizadas” e inscritas ante el registro correspondiente, las mismas que nada tienen que ver con la representación genuina de la comunidad o del pueblo que se verá afectado por la decisión política del gobierno. Un claro ejemplo de ello son los estragos que vienen causando, en el departamento de Cajamarca-Perú, el gobierno peruano y el poder económico transnacional de las empresas mineras Yanacocha, Anglo-american, Newmont entre otras. Empresas trasnacionales que actúan con total impunidad y haciendo tratos con impostores o seudos representantes de los pueblos afectados.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Comentario→ Como ya se ha mencionado anteriormente, el artículo 7 es una disposición de carácter fundamental dentro del Convenio. En él se afirma que los pueblos interesados tienen el derecho a decidir sus propias prioridades, es decir, **tienen derecho a determinar lo que es más urgente para ellos**, en lo que atañe al proceso de desarrollo y **tienen derecho de controlar**, en la medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. En relación con los planes y programas de desarrollo que los afecten directamente, los pueblos indígenas y tribales deberán **participar** en su formulación, ejecución y evaluación. Además, los planes de desarrollo económico que conciernen a las áreas ocupadas por las comunidades indígenas y tribales, deberán diseñarse con miras entre otras cosas, a **mejorar las condiciones de vida** –no ha empeorarlas-, las oportunidades de empleo y los logros, en materia de educación de las referidas comunidades. El Convenio también dispone que los gobiernos deberán llevar a cabo cada vez que sea apropiado, y en cooperación con los pueblos indígenas y tribales, estudios que evalúen el posible impacto sobre dichos pueblos de los programas y planes de desarrollo, que se tenga previsto ejecutar en las áreas ocupadas por los mismos. La cooperación de estos últimos también debe buscarse en el diseño manejo y evaluación de los servicios de salud y educación, inclusive en los programas de formación profesional que se dirijan a ellos. Finalmente, es oportuno señalar que se establece la obligación, para los Estados, de tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios habitados por dichos pueblos. Es decir, el estado por ningún motivo puede imponer una política, dentro del territorio de estos pueblos, afirmando que ésta es de interés nacional, si es que ella no constituye una prioridad para los pueblos en cuyo territorio se ejecuta dicha política. En el Perú, esto ha venido siendo una práctica aberrante como política de estado, muchas actividades extractivas como la minería e hidrocarburos han sido consideradas por ley, como actividades de interés nacional, sin antes haberse consultado y escuchado la opinión de los pueblos interesados y lo que es peor transgrediendo usos, costumbres y actividades económicas

tradicionales, como la agricultura y ganadería, de orden prioritario para poblaciones indígenas y tribales.

Los artículos 6 y 7 son fundamentales no sólo para definir la política del Convenio, sino también para determinar como éste deberá de aplicarse. Desde la perspectiva de los artículos 6 y 7, los gobiernos tienen la obligación de **consultar** a los pueblos interesados cada vez que se tomen medidas legislativas e implementen programas que les afecten directamente. Los gobiernos están en la obligación de establecer las formas y medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan **participar** informada y libremente en las decisiones que van a afectar sus vidas. Los pueblos indígenas tienen el derecho a **decidir** sus propias **prioridades** de desarrollo, en la medida en que este desarrollo afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y/o afecte sus tierras o territorios que ocupan y utilizan. Los pueblos indígenas tienen derecho de **controlar**, en la medida de lo posible, su propio desarrollo social, económico y cultural. Los pueblos indígenas deberán participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los afecte directamente. También se reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho a contribuir con sus propios planteamientos en las políticas de desarrollo a nivel nacional.

Un aspecto bastante controvertido de lo que significa la aplicación de los artículos 6 y 7, están referidos al hecho de que estos pueden ser interpretados en el sentido de conferir a los pueblos indígenas y tribales el derecho de vetar las políticas de desarrollo. Sin embargo, ello no se ajusta a la verdad. Ningún segmento de la población nacional de cualquier país, tiene derecho a vetar políticas de desarrollo que afecten a todo el estado. Durante los debates encaminados a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas argumentaron que, de no tener el derecho de vetar, los gobiernos estarían autorizados a hacer a lo que mejor les plazca en perjuicio de los pueblos afectados. No obstante, la conferencia no entendió de ese modo los alcances de los artículos en mención. Los artículos 6 y 7 exigen a los gobiernos realizar **verdaderas consultas**, en las que los pueblos indígenas y tribales tengan *el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones*, cosa que es muy diferente al voto. Esto significa que, los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar, a los referidos pueblos, a adquirir el conocimiento y las capacidades

necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes, partiendo de la premisa que: nada que es realmente bueno puede ser desestimado a priori.

Costumbre, Derecho Consuetudinario y Administración de Justicia.

Comentario introductorio → Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio, representan un paquete de medidas destinadas a brindar una protección en lo que a la aplicación de la ley nacional se refiere. Esta protección se fundamenta en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de los pueblos indígenas y tribales. Una protección que se efectúa en estricta observancia y reconocimiento de ciertos criterios objetivos como la forma de vida diferente a otros sectores de la población nacional, la organización social, costumbres, leyes, lenguas y principios ancestrales propios, así como la continuidad histórica de los pueblos.

Artículo 8

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.***
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.***
- 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.***

Comentario→ De acuerdo a lo prescrito por el artículo 8, las costumbres, el derecho consuetudinario y las instituciones de los pueblos indígenas y tribales, deben ser reconocidos y respetados por parte del estado antes y durante la aplicación de la ley. Así mismo, los pueblos indígenas y tribales deben conservar sus costumbres derecho consuetudinario e instituciones no sólo como derecho sino también como obligación. Sin que ello signifique una renuncia implícita al ejercicio de los demás derechos, reconocidos para los miembros de la sociedad dominante, ni tampoco sustraerse de asumir las obligaciones y responsabilidades correspondientes.

El inciso 3 del artículo 8, establece que los pueblos indígenas deben ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Sin embargo, en la práctica, estos derechos, a menudo, les son negados. Lo anterior se debe con frecuencia al hecho que los referidos pueblos desconocen no sólo sus derechos, sino también los procedimientos para hacerlos valer. En tal sentido, es muy común que se les condene por acciones que ellos ignoran como delitos. Otro aspecto digno de análisis, cuando se trata de la aplicación de la ley en un proceso determinado, son los problemas de comunicación. Los miembros de las comunidades indígenas y tribales y la mayoría de jueces tienen, con frecuencia, dificultades de comunicación y compresión mutua, ya que no hablan una lengua común, así como por el hecho de que los delitos definidos en la legislación nacional, no coinciden con aquellos previstos por el derecho consuetudinario.

Para remediar esta situación, el Convenio dispone en los artículos 8 inciso 2 y 9 inciso 1, que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus propias costumbres e instituciones, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los conflictos que puedan surgir de la aplicación de estas disposiciones, deberán de resolverse por medio de procedimientos establecidos *ad hoc*. También se le exige a los gobiernos que, al aplicar las leyes y reglamentos nacionales e imponer sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales.

Artículo 9

- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

- 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Comentario→ En artículo 9 es bastante claro el deseo de respetar y preservar las formas de administración de justicia tradicionales de los pueblos, pero también se deja entrever la necesidad de articular los sistemas de administración de justicia ancestral, con la legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos. La justicia ordinaria está en la obligación de observar la costumbre que dicho pueblo tiene, sobre la materia en juicio, antes de decidir un caso concreto. Se puede traer a colación, por ejemplo, la costumbre de la “robadita”, muy común en las poblaciones indígenas de los andes. Mediante ésta, el varón en edad nubil “roba” a su futura esposa con su pleno consentimiento y en oposición a los padres de la misma; este hecho tranquilamente puede tipificarse como secuestro para la justicia ordinaria. Otro ejemplo claro ocurre en algunas comunidades indígenas del Amazonas, en donde es la naturaleza, a través del primer periodo menstrual, la que determina en qué momento una niña se convierte en mujer y está apta para formar una familia. En este sentido, la mayoría de edad establecida por la ley ordinaria, podría sugerir un delito de violación de menor y aplicar penas muy severas dado que el indígena, ergo pobre, no tendría los medios económicos suficientes para asegurarse una “correcta” administración de justicia.

Artículo 10

- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

- 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Comentario→ El artículo 11, también constituye una de las normas fundamentales del Convenio, en la medida que prohíbe la imposición de servicios personales obligatorios a miembros de los pueblos indígenas y tribales, ya sean estos remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos. Este artículo trata de prevenir y sancionar toda forma de trabajo obligatorio o forzoso, al que los referidos pueblos a menudo están sometidos, como consecuencia, sobre todo, de la pérdida de sus tierras y recursos naturales, y de la ausencia de alternativas apropiadas de sobrevivencia.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Comentario→ Los artículos del 8 al 12 se refieren específicamente a la costumbre, al derecho consuetudinario, a la administración y acceso a la justicia. Este paquete de normas reconocen y respetan oficialmente la existencia del derecho consuetudinario y de las costumbres de los pueblos indígenas y tribales. En ellos puede apreciarse la necesidad de incorporar medidas efectivas de administración de justicia, que aseguren un pluralismo jurídico necesario para garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, no sólo como individuos, sino también como

comunidad y pueblo. Un aspecto importante a resaltar, es el hecho que el reconocimiento de los mecanismos ancestrales de administración de justicia, no implica necesariamente que los pueblos interesados no tengan igual derecho de acceso a la justicia ordinaria; en este aspecto el artículo 12 es bastante claro al determinar que los pueblos indígenas y tribales, están habilitados a iniciar procedimientos legales y que el estado a través de sus representantes y operadores del sistema judicial, está en la obligación de implementar medidas para que los miembros de estos pueblos entiendan y se hagan entender. Estos pueblos según el artículo 12 deberán tener acceso pleno a la justicia, pudiendo recurrir al sistema judicial mediante procedimientos legales para asegurar la protección de sus derechos, en este sentido el estado deberá tomar las medidas necesarias para que los interesados puedan comprender y hacerse comprender en dichos procedimientos. Para el cumplimiento de tal fin, no se descarta que los gobiernos puedan adoptar los servicios de interpretación u otros mecanismos efectivos.

Parte II. Tierras

Derechos sobre las Tierras y los Recursos Naturales

Comentario introductorio→ Es una verdad axiomática que los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. La tierra y sus recursos naturales son, en efecto, la fuente principal del sostenimiento económico, cohesión social y cultural, y del bienestar social de muchos de estos pueblos. La parte II del Convenio (específicamente los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19) se refiere a este tema de vital importancia. Como se hizo alusión anteriormente, la decisión de incluir el término “pueblos” en vez de “poblaciones” dio lugar a prolongadas discusiones dentro y fuera de la comisión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Igualmente extenso y dinámico resultó ser el debate sobre

la parte II del convenio (artículos 13 al 19), referido a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra y los recursos naturales que en ella se encuentren.

Artículo 13

- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.***
- 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.***

Comentario→ El presente artículo exige a los gobiernos respetar la importancia especial- desde el punto de vista de sus valores, culturas y espiritualidad- que para estos pueblos significa la relación que mantienen con las tierras y los territorios que ocupan, y en particular, respetar los aspectos colectivos de esta relación. La decisión de mantener el término “territorios”, que ya figuraba en el convenio Nro. 107. fue el resultado de un largo proceso de negociación entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Los empleadores y algunos gobiernos argumentaban que la utilización de la expresión “territorios”, sin ningún calificativo adicional, sería fuente de serios problemas de orden legal y constitucional en muchos países. En la constitución de algunos países se emplea, en efecto, este término para referirse al territorio nacional en su totalidad. Los miembros representantes de los trabajadores, haciendo suyas las posiciones de los representantes indígenas que asistieron a las reuniones de la comisión, declararon que el empleo del termino “territorio”, no tendría implicaciones de ningún tipo para la propiedad y soberanía nacional. Al final, se decidió optar por una formula que pudiera aplicarse a diferentes situaciones, sin menoscabar las posibilidades de que el convenio fuese ratificado, la expresión “territorio” fue agregada al término “tierra”, y no sustituida por esta última.

El reconocimiento de derechos especiales para los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras, tiene por objeto asegurarles una base estable para sus iniciativas económicas, sociales, culturales y sobrevivencia futura. No se trata de crear un estado dentro de otro estado; el Convenio, en efecto está explícitamente orientado a acciones que se sometan al marco normativo del Estado en el que ellos (los pueblos indígenas y tribales) viven.

Artículo 14

- 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.***
- 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.***
- 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.***

Comentario→ El presente artículo es quizá una de las disposiciones más importantes en lo que a derechos de la tierra se refiere. Esta disposición exige que el Estado reconozca a los pueblos indígenas y tribales el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. La presente norma contiene elementos de suma importancia que ameritan ser analizados detenidamente: El derecho de propiedad y posesión pueden llevarnos a falacia de asumir que, los pueblos indígenas y tribales tienen la necesidad o el derecho de poseer un título de propiedad sobre sus tierras tradicionales; sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El derecho de “propiedad”, que detentan la mayoría de estos pueblos sobre sus tierras y territorios esta fundamentado en aspectos históricos tradicionales. La autoridad de lo ancestral va más allá de la

formalidad de un título de propiedad de carácter administrativo, máxime cuando la “legalidad” fundamentada en el estado y el derecho, son creaciones modernas basadas en la escrituralidad y en un concepto de propiedad privada, que fue inexistente o incomprendible para la mayoría de los pueblos indígenas y tribales del mundo. Por otro lado, el Convenio habla sobre los derechos en plural. Además, hay muchos casos en los cuales los pueblos indígenas y tribales, no tienen un título pleno de propiedad sobre sus tierras tradicionales.

En ese sentido, en la Conferencia Internacional del Trabajo se discutió extensamente el punto y se llegó a la conclusión de que en ciertas circunstancias, el derecho de **posesión y uso** de la tierra eran más que suficientes y podrían cumplir con los requisitos previstos en el Convenio, siempre que se aseguren seriamente la continuidad de estos derechos. Este puede ser el caso de los pueblos indígenas y tribales aislados que viven en reservas. También se puede referir a situaciones donde se comparte el uso de ciertas tierras, en cuyo caso el derecho de posesión puede ser más apropiado que un título de propiedad. Finalmente, existen muchas situaciones donde los pueblos indígenas y tribales tienen derechos limitados de propiedad, en las cuales no pueden ejercer totalmente un derecho de propiedad como lo otorga un título. Este puede ser el caso donde las tierras se declaran inalienables. En fin, cabe aclarar que esta disposición no ha sido concebida para restar a estos pueblos el mayor grado posible de derechos sobre la tierra. Muy por el contrario se redactó de modo que tomara en cuenta diferentes situaciones y el hecho de que no todos los pueblos indígenas y tribales pueden ejercer de manera plena sus derechos de propiedad.

La segunda parte de la misma oración, se refiere a las tierras que ellos ocupan tradicionalmente. Durante el proceso de discusión para la adopción del Convenio, se sugirió en más de una oportunidad que se incluya la frase “**que han ocupado tradicionalmente**”, lo cual hubiera significado una ocupación continua hasta el presente, para que estos derechos puedan emerger y por lo tanto redamarse como tales. La terminología adoptada (“ocupan tradicionalmente”) indica que debe existir alguna conexión con el presente, como en los casos de recientes expulsiones de las tierras o perdida de títulos. Dicha frase deberá analizarse en relación con el párrafo 3 del mismo artículo, el cual dispone que deberán instituirse procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras, sin imponer límites de tiempo respecto a cuando dichos reclamos hayan surgido. Por otra parte, no establece que la tierra debe ocuparse de una manera tradicional.

Esto condenaría a los referidos pueblos a una forma de vida peculiar, en vez de otorgarles la oportunidad de cambiar si así lo desean como les parezca más conveniente.

El presente artículo también dispone que deberán tomarse medidas apropiadas, para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a utilizar las tierras que no son necesariamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente han tenido acceso. El “uso” de tierras que estos pueblos no ocupan, pero a las que han tenido acceso para sus “actividades tradicionales y de subsistencia”, fue reconocido como un derecho adicional y no como una alternativa al derecho de propiedad. El propósito de esta disposición era cubrir la situación de muchos pueblos indígenas y tribales que han ejercido derechos de pastoreo, caza o recolección en tierras donde no tienen título de propiedad. El Convenio establece que, en los casos apropiados, deben adoptarse medidas para la salvaguarda de este derecho. Pese a que el Convenio no especifica cuando un caso deberá considerarse apropiado, esta disposición debe leerse en el contexto del artículo 23, que establece el reconocimiento y fortalecimiento de las actividades tradicionales, inclusive la caza y el pastoreo. En otras palabras, al desarrollarse esas tierras, los pueblos indígenas y tribales no pierden el derecho de uso y los gobiernos deben tomar las precauciones para reconocer estos derechos. Además, el artículo 14 dispone que esos derechos de uso “deberán reconocerse”. Esto implica que el Convenio exige que los gobiernos reconozcan que, cuando hay una ocupación tradicional, los pueblos indígenas y tribales efectivamente tienen derecho sobre las tierras en cuestión. Sin embargo aún tendrían que determinarse cuales son estos derechos y sobre cuales tierras se ejercerían, pero queda claro que estos derechos existen desde antes.

El artículo 14 también requiere a los gobiernos tomar las medidas necesarias para identificar las tierras que estos pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Obsérvese el uso de la palabra “efectiva”, es decir, debe ser una protección real y práctica, no sólo una protección legal por escrito.

Finalmente, de acuerdo con el artículo citado del convenio, deberán instituirse procedimientos adecuados, en el marco del sistema jurídico nacional, para solucionar las reivindicaciones de tierras de los pueblos interesados. En muchos casos, recién ahora estos pueblos podrán reclamar la posesión de tierras que antes poseían. El gobierno deberá establecer los procedimientos a fin de resolver los reclamos, de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras o el pago de una compensación por la perdida de las mismas.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. 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.

Comentario→ Con respecto al artículo 15, existe la necesidad de hacer una precisión de carácter fundamental: la norma contenida en el artículo en mención, hace referencia al derecho de propiedad sobre los recursos naturales, pero sólo considera a los estados (y de manera “casual”) como los únicos titulares del mismo. En lo que a los pueblos indígenas y tribales se refiere, los recursos sólo “existen” dentro de sus territorios. El artículo es sumamente claro al enumerar los derechos sobre los recursos: participar, administrar y conservar. El derecho a los beneficios es sumamente vago e impreciso y la figura de la indemnización se erige como la panacea legal para remediar cualquier daño que pudiera ocurrir. Sin embargo, frente a esta situación de evidente desventaja para los pueblos, se tiene a la institución de la consulta, que si es utilizada en su real dimensión y la “voluntad política” de buena fe de los gobiernos lo permite, podría llegarse a “buenos acuerdos”, a evitarse no sólo conflictos sociales, sino también irreparables daños de lesa humanidad. Pues no existe actividad extractiva alguna a la que se pueda considerar amiga de la naturaleza. En referencia al artículo 15 del convenio 169, la OIT, en su manual Pueblos

Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del convenio número 169 de la OIT, hace una interpretación bastante acertada en la medida que considera a ésta, como una disposición muy delicada ya que está redactada en términos no muy precisos porque debe adaptarse a las diversas situaciones nacionales. Para empezar, dispone en el primer párrafo que: «los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

De la interpretación literal de dicho artículo, queda claro que existe el derecho; pero específicamente lo que implica el ejercicio de este derecho, es algo que deberá definirse tomando como marco referencial el ordenamiento jurídico nacional de cada estado, el marco de los derechos sobre las tierras que estos pueblos poseen y el marco de su capacidad para ejercer estos derechos. En lo referido a la propiedad y control sobre los recursos del subsuelo, es decir los recursos como el petróleo y los minerales, existen dos sistemas jurídicos que regulan la materia: el sistema anglosajón, según el cual la propiedad de la tierra incluye la propiedad de los recursos naturales que se encuentren debajo de ésta, y el sistema romano-germánico que establece que la propiedad de la tierra no otorga de por sí ningún derecho sobre los recursos del subsuelo, ya que éstos pertenecen al estado. Esta última situación es la que prevalece en la mayoría de los países latinoamericanos y especialmente en los países en vías de desarrollo, y se aplican tanto a los pueblos indígenas y tribales como a los demás ciudadanos.

El acceso a los recursos del subsuelo, implica ser propietarios o arrendador de la tierra bajo la cual esos recursos se encuentran. Esta situación ha originado serios conflictos entre las comunidades indígenas o tribales, que ocupaban las tierras que habían sido rentadas o vendidas a compañías mineras o petroleras para desarrollar actividades de prospección y explotación. En algunos países los pueblos indígenas y tribales no pueden, de hecho, ser propietarios de tierras, o no cuentan con título de propiedad formalizado legalmente, o no le atribuyen al término «propiedad» el mismo significado que le otorga la sociedad dominante. Para evitar en el futuro tales situaciones, los representantes indígenas que participaron en las discusiones de la OIT, insistieron en que la única forma de proteger la superficie era garantizando el control del subsuelo. Muchos gobiernos y los empleadores se opusieron enérgicamente a tal pretensión. Empero, quedó firmemente establecido que existe la necesidad de proteger a los pueblos indígenas y tribales.

Esta es la razón por la que se incorporó el segundo párrafo del artículo 15. Este dispone que, *si pertenecen al estado los recursos del subsuelo, el gobierno deberá consultar con los pueblos interesados, antes de emprender cualquier programa de prospección y explotación de los recursos, para determinar si serían perjudicados y en qué medida.* La frase “*si pertenecen al estado*” deja entrever la posibilidad de que estos recursos pueden pertenecer a alguien más, sin embargo a los pueblos indígenas se les reconoce la frase “*recursos naturales existentes en sus tierras*”

Cabe resaltar que, la evaluación del posible impacto de actividades de prospección y explotación de dichos recursos, debe llevarse a cabo antes de que empiecen las actividades en cuestión. El artículo continúa, afirmando que los pueblos interesados deben participar, siempre que, sea posible, en los beneficios que reporten la explotación de los recursos. También dispone que deben percibir una compensación equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades. ¿Qué pasa, entonces, si una compañía obtuvo una licencia o concesión minera o petrolera, antes de que el convenio fuese ratificado? ¿Estas disposiciones se aplican también a este tipo de situaciones? la respuesta es afirmativa. Apenas el convenio entra en vigor en un país determinado, el gobierno debe velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas, de una forma adecuada y a tiempo, sobre el alcance y las implicaciones de las actividades en curso y futuras.

Otro aspecto, al que el artículo 15 le ha conferido relativa importancia, es el referido a los posibles beneficios que emanen de las actividades económicas sobre los recursos naturales. Frente a ello, la frase “siempre que sea posible” concede al Estado el derecho a decidir, si los pueblos indígenas y tribales se beneficiarán o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras. Sin embargo esta expresión, como todas las demás expresiones de carácter ambiguo, debe considerarse en concordancia con el artículo 6 del Convenio. En este artículo se exige que haya consultas, participación y que se adopten las medidas efectivas que permitan a los pueblos interesados tomar parte activa en las decisiones que los afectan. También debe considerarse en relación con el artículo 7, que exige que se efectúe una evaluación del impacto social, espiritual, cultural y ambiental de cualquier actividad a desarrollarse, garantizando de este modo que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar en las decisiones. Cabe resaltar que frente a una decisión que tomar, siempre deberá existir más de una alternativa, frente a las cuales existirán las posibilidades de aceptación o rechazo. Vale la pena recordar que las disposiciones del presente Convenio deben leerse e interpretarse en conjunto, y mejor aún teniendo como marco de referencia fundamental los artículos 6 y 7, ya que los artículos no son independientes y constituyen un cuerpo sistemático y unitario de normas mínimas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Traslados, Reubicación y Compensación

Artículo 16

- 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.*
- 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.*
- 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.*
- 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.*
- 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.*

Comentario→ A manera de reflexión preliminar a cerca del artículo 16 se tiene que, como medida de protección, el traslado no se acepta como regla, pero si como excepción cuando las circunstancias lo hacen estrictamente necesario; para lo cual se necesita del consentimiento libre. Un consentimiento que emane del conocimiento de causa, se sobre entiende que este conocimiento de causa necesita de dos elementos importantes: la información oportuna, es decir previa a la medida; y la información adecuada, es decir que sea efectuada por mecanismos que la hagan comprensible por los pueblos interesados.

El texto del artículo 16, basado en fundamentos realistas considera la negativa al traslado como un hecho bastante probable por lo que, para justificar un traslado o reubicación irrevocable o mejor dicho forzoso, sugiere procedimientos adecuados en donde los pueblos afectados estén efectivamente representados. Frente a esta situación de evidente desventaja para los pueblos, cabe preguntarse ¿para qué la encuesta?, o ¿que sentido tiene la representación efectiva? En un proceso cuyo final ya se conoce de antemano.

El traslado y reubicación de los pueblos es sin duda otro aspecto de suma importancia, en lo referido a los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas y tribales. El artículo 16 es una de las disposiciones claves del Convenio, ya que los pueblos materia del mismo son, a menudo, forzados a abandonar sus tierras, porque el derecho que detentan sobre ellas, no se somete al derecho formal y por lo tanto no se les reconoce sus derechos ancestrales y consuetudinarios. Y por si ello fuera poco, cuando se los reubica, la compensación e indemnizaciones recibidas son, por lo general, insuficientes e inapropiadas. A la luz de la interpretación efectuada por la OIT, respecto del artículo 16 se tiene que: «los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan», este enunciado establece el principio general para el resto de la disposición. Sin embargo, con frecuencia es “necesario” que ciertos grupos humanos, no solamente indígenas o tribales, sean trasladados de sus tierras. El párrafo 2 dispone que cuando **la reubicación** es necesaria como una medida excepcional, ésta sólo deberá efectuarse **con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa**. El Convenio núm. 169, al contrario del anterior, no especifica los casos en los cuales un traslado puede resultar necesario, sino más bien establece los principios y pautas que deben aplicarse cada vez que se contemple reubicar a comunidades indígenas y tribales. Los gobiernos deben en primer término obtener el consentimiento, libre e informado, de los pueblos indígenas y tribales. Cuando no pueda obtenerse el consentimiento de dichas comunidades, el Convenio establece que **el traslado y la reubicación deberán tener lugar al término de los procedimientos establecidos por la legislación nacional**. Estos procedimientos incluyen encuestas públicas, en las que los pueblos involucrados deben estar bien representados. Es importante destacar que estos requerimientos se aplican también a la situación en la que comunidades indígenas y tribales utilizan las tierras, que van a ser afectadas por las acciones de reubicación y traslado, aunque no las ocupen de manera exclusiva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 13, 2) del Convenio.

El párrafo 3 del artículo 16 establece un principio muy importante. En lo posible, los pueblos tienen el derecho a regresar a sus tierras tradicionales, en cuanto terminen las causas que motivaron su traslado y reubicación. Es importante que esta situación esté prevista, porque se han dado casos en los cuales pueblos Indígenas y tribales se reubican a causa de una emergencia, tal como un desastre ecológico, una guerra o un conflicto armado y, con mucha frecuencia, una vez que cesa la eventualidad o situación de peligro, los pueblos indígenas y tribales se encuentran con la ingrata sorpresa de haber perdido sus tierras para siempre. Esta disposición prevé que tal situación de perdida no acontezca. Además, se especifica que en caso de no poder regresar a sus tierras, a estos pueblos se les debe proporcionar, en cuanto sea posible, tierras cuya calidad y cuyo estatus jurídico sean por lo menos iguales a las tierras que perdieron; tomando en cuenta que estas tierras sean adecuadas para atender a sus necesidades presentes y futuras. Puede darse el caso que los pueblos prefieran una compensación en dinero o en especies, en tal sentido, se deberá respetar su decisión.

Transmisión de los derechos sobre la tierra

Artículo 17

- 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.**
- 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.**
- 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.**

Comentario→ El artículo 17 estatuye el respeto y la protección como derechos en lo que ha transferir o negociar la tierra se refiere. Hay un respeto a las formas tradiciones de transmisión y hay una protección para mantener la unidad e integridad del pueblo, toda vez que, cuando se intente transferir tierra a personas o entidades que no sean parte de la comunidad, la ley establece expresamente que se debe consultar a al misma. De igual modo, no se ampara la propiedad, posesión o uso de las tierras comunales por parte de terceros, si sus derechos se fundan en el aprovechamiento indebido de las costumbres de la comunidad o la ignorancia de la ley por parte de los miembros de la misma.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Comentario→ El artículo 18, es bastante claro al prescribir que la responsabilidad de establecer medidas e imponer sanciones, para evitar la intrusión y el uso no autorizado de las tierras de los pueblos indígenas y tribales, recae sobre el gobierno.

Los artículos 17 y 18 revisten especial importancia, pues exigen a los gobiernos el establecimiento de medidas disuasivas dirigidas para evitar que ciudadanos no indígenas, aprovechando el desconocimiento de las leyes nacionales por parte de los pueblos indígenas y tribales, invadan o usufructúen sus tierras sin autorización previa. Se deben establecer, por ley, sanciones apropiadas en caso de intrusiones no autorizadas. Por otro lado, las modalidades por medio de las cuales los miembros de los referidos pueblos, suelen transmitir entre sí los derechos sobre la tierra deben de respetarse según el artículo 17, 1). Cada vez que los gobiernos pretendan adoptar medidas, que afecten la capacidad de dichos pueblos, para enajenar o transmitir sus derechos sobre sus tierras fuera de su comunidad, deberán realizarse consultas previas a los pueblos interesados. Este último es un principio vital, sobre todo tomando en consideración que muchos países en desarrollo están enmendando sus leyes de tierras y sus disposiciones constitucionales correspondientes, como parte de un proceso de modernización y liberalización económica. El principal objetivo de dichas enmiendas, es eliminar las restricciones introducidas por las leyes de reforma agraria en materia de propiedad, extensión, y uso de las tierras agrícolas y esto en la mayoría de los casos incluye a las

tierras que pertenecen a los pueblos indígenas y tribales. En estas circunstancias, el gobierno de conformidad con el artículo 17, esta en la obligación y responsabilidad de consultar a los pueblos interesados, sobre el alcance e implicancias de las enmiendas propuestas antes de proceder a su aplicación.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;*
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.*

Comentario→ El presente artículo tiene como fundamento básico a los principios de igualdad, equidad y no discriminación, en lo que se refiere a la ejecución de los programas agrarios del gobierno. Garantizar igual acceso implica a su vez la no discriminación para los pueblos indígenas y tribales. De igual modo, el asignar tierras adicionales, así como el otorgamiento de los medios necesarios, no necesariamente significa dar ventajas adicionales, sino más bien significa tratar de equilibrar las asimetrías sociales y hacer justicia sobre un sector de la población tradicionalmente marginado y desposeído por usurpaciones históricas.

Parte III. Contratación y condiciones de empleo

Artículo 20

- 1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los*

trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;*
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;*
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;*
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.*

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gozen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;*
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;*
- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;*

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Comentario→ El artículo 20 contiene disposiciones sobre la protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo de los pueblos indígenas y tribales. Generalmente estos pueblos son los más vulnerables en relación a la población dominante de sus países. El presente artículo es bastante elocuente y oportuno, dado que frecuentemente trabajan fuera de la economía formal o pueden ser trabajadores rurales que no están sindicalizados y no están protegidos por ninguna ley. Asimismo, los miembros de los pueblos indígenas y tribales son los trabajadores o trabajadoras que están más expuestos a la explotación por parte de contratistas inescrupulosos, que aprovechándose de la necesidad económica e ignorancia en materia de derechos laborales de estos pueblos, los convierten en objeto de abuso y violación de derechos fundamentales. A menudo estos individuos son trabajadores migrantes que consiguen los trabajos más penosos y peor remunerados. En virtud de la realidad antes expuesta, el artículo 20 dispone acertadamente que los gobiernos deberán adoptar medidas especiales, para asegurar una protección efectiva para estos pueblos en materia de contratación y condiciones de empleo. Además, dispone que estas medidas sean tomadas en cooperación con los pueblos interesados, en la medida que no estén eficazmente protegidos por la legislación aplicable a los trabajadores en general. Éste artículo especifica áreas concretas en las cuales deben tomarse medidas apropiadas: a saber, remuneración igual por trabajo de igual valor; asistencia médica y seguridad e higiene en el trabajo. Así mismo reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho a asociarse o a adherirse a los sindicatos de trabajadores y de participar en las actividades sindicales. Una situación específica es la responsabilidad y compromiso de los estados para tomar medidas especiales respecto a los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes, ya sea en la agricultura o en otra actividad. De acuerdo al artículo 20, el Estado deberá proteger a los trabajadores sometidos a condiciones peligrosas de trabajo, especialmente a aquellos que están expuestos a plaguicidas u otras sustancias tóxicas. También se deben tomar medidas para evitar que los trabajadores indígenas o tribales estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluyendo

todas las formas de servidumbre por deudas, ya que esta fue una nueva forma de esclavizar, que algunos terratenientes y gamonales pusieron en práctica especialmente en países centroamericanos en perjuicio de los desplazados por la violencia de la guerra civil. Este ha sido y continúa siendo un problema que afecta a muchos millones de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribales en todo el mundo. Finalmente, se debe procurar que exista igualdad de oportunidad y de trato para hombres y mujeres en el empleo. En relación con las trabajadoras indígenas, este artículo introduce una disposición, única en el ámbito internacional, tendiente a protegerlas en contra del hostigamiento y abuso sexual.

Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

- 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.*
- 2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.*

Comentario→ Otro aspecto importante del trabajo y de las condiciones laborales es la formación profesional que estos pueblos tienen derecho a recibir. La formación profesional a diferencia de los procesos educativos, están orientados a capacitar al individuo para que pueda generar los recursos necesarios para su propia subsistencia y desarrollo. En el artículo 22 del Convenio, se aclara que se deberán tomar medidas para promover la participación voluntaria de los pueblos indígenas y tribales en

programas de formación profesional de aplicación nacional. También, atendiendo a las diferencias existentes entre estos pueblos y la sociedad dominante, se especifica que si los programas existentes no responden a sus necesidades especiales, los gobiernos deberán asegurar, con la propia participación de los pueblos indígenas y tribales, programas y medios especiales de formación. Estos programas especiales de formación deberán establecerse atendiendo a la realidad de los pueblos, es decir teniendo en cuenta el entorno económico, las condiciones socioculturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados, y en cuanto sea posible, estos pueblos deberán asumir las responsabilidades, organización y operación de estos programas, si así lo desearan.

Otro tema de importancia para estos pueblos, es el tipo de actividades económicas que deben estimularse y a las cuales se deben orientar los programas de formación. Puede resultar muy destructivo para sus economías tradicionales y formas de vida, si se les impone actividades que no responden a sus necesidades y atentan contra sus instituciones y principios ancestrales. De ahí que el artículo 23 prevea que la artesanía, las industrias rurales y las actividades tradicionales, relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura, de su autosuficiencia y desarrollo. En lo que a la asistencia técnica y financiera se refiere, estipula que esta debe ser respetuosa de los métodos tradicionales y la cultura de los pueblos a la que va dirigida.

Como ejemplos podemos citar las iniciativas desarrolladas por México y Noruega. En México, el gobierno ha dispuesto se desarrolleen cursos de

capacitación en derecho laboral, en las comunidades indígenas de donde proviene una alta proporción de los trabajadores migrantes, a fin de explicarles sus derechos laborales; y en Noruega, en Tysford (Mordland), se estableció un proyecto cuyo objetivo es otorgar a los participantes un certificado de trabajo artesanal (*Duodji*), para iniciar su propia producción en esta área. Por otro lado, en las instituciones públicas, que están bajo la jurisdicción de la ley de idiomas, cobra especial importancia la necesidad de rescatar y dar prioridad a la enseñanza del idioma Sami. Este es un derecho que tienen todos los empleados de esas instituciones, sean o no indígenas Sami, de acuerdo con la ley Sami (*[sami Act 2], capítulo 3 sobre el idioma sami*).

Parte V. Seguridad social y salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Comentario→ El artículo 24 es sumamente claro y no amerita mayor interpretación, sin embargo, cabe señalar que pese a que establece que los regímenes de seguridad social, previstos para todos los ciudadanos, deben extenderse progresivamente a los pueblos indígenas y tribales; es en virtud del artículo 25, que se determina la responsabilidad de los gobiernos para asegurar a dichos pueblos el «máximo nivel posible de salud física y mental». Para lograr este objetivo, los servicios de salud deben ser apropiados, es decir de acuerdo a la realidad de cada pueblo, por lo que deben organizarse a nivel comunitario y tomar en consideración los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales de los pueblos. Esta disposición constituye un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y de la necesidad de preservarla, aprender de ella y enriquecerla ulteriormente, para beneficio no sólo de los Pueblos Indigenas y Tribales, sino de toda la humanidad.

Artículo 25

- 1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.*
- 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.*
- 3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.*
- 4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.*

Comentario→ El artículo 25 también prevé la participación de las comunidades indígenas y tribales en la planeación y prestación de los servicios de salud o en la asunción de la responsabilidad y el control de éstos. En ambos casos, le compete al Estado proporcionar los medios que se requieran para tales efectos. En materia de empleo y formación, se dará la preferencia al personal sanitario de la comunidad local.

Parte VI. Educación y medios de comunicación

Educación en condiciones de Igualdad y con Participación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Comentario→ Lo que el artículo 26 garantiza es la posibilidad de acceder a una educación a todo nivel, en las mismas condiciones en las que acceden los miembros de la sociedad dominante. Pero esas condiciones de igualdad, en relación al resto de la población, deben ser considerados como parámetros mínimos, es decir que si se puede hacer más por los pueblos interesados es mucho mejor. En otras palabras, la garantía del acceso a la educación en condiciones de igualdad es lo mínimo que se espera del gobierno.

Artículo 27

- 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.*
- 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.*
- 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.*

Comentario→ Tanto en el planeamiento como en la ejecución de programas y servicios educativos, es muy importante el aporte que pueden brindar los propios interesados; es por ello que se hace alusión a la cooperación entre las partes para el planeamiento de la política educativa, la que tiene por finalidad no sólo la formulación y ejecución de los programas, sino también la transferencia progresiva de la responsabilidad a los verdaderos interesados. En tal virtud, se expresa que el gobierno está en la obligación de reconocer el derecho de los pueblos, a autodeterminar sus propias instituciones y medios de educación, teniendo como único límite ciertas normas mínimas establecidas conjuntamente entre gobierno y pueblos indígenas y tribales mediante la utilización de la institución jurídica de la consulta. Finalmente, conscientes de las limitaciones que los pueblos interesados pueden tener, la última parte del inciso 3 del artículo 27 contempla la facilitación de los recursos necesarios para cumplir con la finalidad propuesta.

La Niñez y la Preservación de la Lengua

Artículo 28

- 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.**
- 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.**
- 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.**

Comentario→ El verdadero sentido de la norma contenida en el artículo 28, se encuentra explícito en el inciso 3. La preservación de las lenguas indígenas o tribales, en la persona del niño, utilizando como vehículo y santuario a la educación, constituye la razón fundamental o el espíritu de enseñar en la propia lengua. La lengua indígena no sólo debe ser preservada, promovida y practicada, sino también desarrollada, sin que ello signifique perder la oportunidad de aprender y dominar la lengua nacional u oficial del país. La protección que subyace en la presente norma, es una protección a la identidad, a la integridad y continuidad histórica de los pueblos y a la proyección futura de su existencia en dignidad.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Comentario→ Del texto del artículo 29 se infiere que, uno de los múltiples objetivos de la educación de los niños será impartirles conocimientos generales y aptitudes para hacerlos capaces de participar en condiciones de igualdad, no sólo en la vida de su propia comunidad, sino también en el país en el que viven. Sin embargo, el deseo de alentar la participación mediante la educación no debe ser mal entendida como asimilación a la cultura dominante.

Promover y Difundir Derechos y Obligaciones/ Medios de Comunicación

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las

cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Comentario→ Es obligación del gobierno promover y difundir los derechos, especialmente aquellos que están contenidos y/o se derivan del presente Convenio, así como aquellos que por desconocimiento no son ejercidos (como los referidos al trabajo, educación, salud y aquellos relativos a los servicios sociales y posibilidades económicas). El inciso 2 del presente artículo, se refiere a los mecanismos que podrían ser utilizados, como los servicios de traducción y los medios de difusión masiva, pero en la propia lengua de los pueblos interesados. Los medios de difusión masiva juegan un papel sumamente importante en la formación de la conciencia colectiva y hasta el momento no han sido adecuadamente utilizados, para promover los fines de causas inspiradas en los derechos humanos. Muy por el contrario, y específicamente en el caso del Perú, han sido usados para ridiculizar a las lenguas indígenas y tribales y promover estereotipos que alientan la segregación social. A manera de ejemplo sugerimos visitar el siguiente enlace en el internet <http://www.youtube.com/watch?v=8ahn-tidVwU>. Como una anécdota curiosa podemos citar lo siguiente: El día 13 de Septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó por inmensa mayoría (144 votos a favor , 4 en contra y 11 abstenciones) la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*; paradójicamente, la congresista peruana Martha Hildebrandt, no sólo despotricó en contra de la aprobación del proyecto de ley para el *Uso y Preservación de las Lenguas Originarias*, sino que también, y muy a su estilo: una soberbia plagada de ignorancia, denigró a su homóloga la parlamentaria Indígena María Sumire.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos

pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Comentario→ Educación y medios de comunicación (artículos 26 al 31).

Los pueblos indígenas y tribales con frecuencia enfrentan un doble problema en el ámbito educativo: por un lado, no siempre tienen acceso a las facilidades educativas como los otros ciudadanos del mismo país; por el otro, cuando lo tienen, sus propias tradiciones y culturas son ignoradas o incluso menospreciadas, lo que atenta en contra de su dignidad, autoestima e identidad. Los artículos 26 al 31 del convenio, estipulan que estos pueblos deben gozar de la oportunidad de recibir educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional. Los programas y servicios de educación deben adaptarse a fin de responder a sus necesidades especiales, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

El artículo 28 del convenio núm. 169 establece que, siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Cuando ello no sea posible -cuando sólo unos pocos individuos hablan la lengua en cuestión - se tomarán medidas especiales, en consulta con los pueblos interesados, para llegar a una solución conveniente. Así mismo, se estipula que deberán tomarse las medidas adecuadas para asegurar que los pueblos puedan dominar la lengua nacional o alguna de las lenguas oficiales del país. En este sentido, de la interpretación de los artículos en referencia se infiere que la educación indígena debe ser integral, bilingüe y pluricultural. El artículo 31 es un artículo referido a la sensibilización social y a la forja de la tolerancia, en consecuencia insta a los gobiernos a que eduquen a todos sus ciudadanos y especialmente a aquellos que no son indígenas, con el fin de hacerlos tolerantes, comprensivos y respetuosos, por medio de programas e instrumentos educativos, tales como los libros de historia, que brinden una descripción imparcial del pasado y sean respetuosos de los valores de dichos pueblos.

Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y

tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Comentario→ El principio que subyace en el artículo 32, ha sido también recogido y desarrollado por el artículo 36 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El presupuesto lógico de esta norma radica, en el hecho de que existen muchos casos en los cuales los pueblos Indígenas y tribales han sido separados por fronteras nacionales, establecidas sin su consentimiento. Por lo tanto, el Convenio estipula en el artículo 32, que los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas para facilitar los contactos y la cooperación entre estos pueblos a través de las fronteras. Para ello puede que sea necesario establecer acuerdos y tratados entre los países involucrados, a fin de dar acceso especial a los pueblos Interesados. Este artículo no se limita a contactos entre gente de la misma etnia o del mismo grupo cultural. Debe también tomarse en cuenta que los pueblos indígenas y tribales pueden comunicarse con los pueblos de otros países, a fin de establecer vínculos de solidaridad internacional. El ejercicio de este derecho involucra no sólo a los pueblos indígenas y tribales que han sido separados por fronteras internacionales, sino también a la responsabilidad de los estados a quienes corresponden esas fronteras. Son los estados los que tienen la responsabilidad de establecer las condiciones adecuadas de transito e interacción, para que los miembros de las comunidades afectadas puedan seguir manteniendo su integridad como pueblos y desarrollando efectivamente sus vínculos históricos.

Este es un derecho humano que hace posible otros derechos, como es el derecho a la identidad, a no ser desarraigado, a mantener la unidad e integridad de la comunidad o nación, a reunificar los lazos familiares ancestrales y a seguir tejiendo la trama de la vida histórica de un pueblo, a través de nuevos vínculos de amistad, de fraternidad y de parentesco espiritual, consanguíneo y colateral, a través de uniones conyugales y políticas.

Otro aspecto importante a mencionar, es el referido a las relaciones económico-comerciales que puedan surgir de estos vínculos o relaciones a través de las fronteras, para lo cual los estados tienen la obligación de implementar tratados o mejorar los ya existentes, con la única finalidad de viabilizar el ejercicio de los derechos contenidos en el presente artículo. El artículo 36 de la Declaración a diferencia del artículo 32 de la Convenio, incluye la

figura de la consulta, la misma que puede ser inferida en la obligación del estado de “tomar” medidas apropiadas.

Parte VIII. Administración

Autoridad Gubernamental e Instituciones

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Comentario→ El espíritu de la norma del artículo 33, gira en función a 4 elementos importantes para la administración de los programas destinados a los pueblos indígenas y tribales: Autoridad Gubernamental responsable, instituciones y mecanismos, medios necesarios y finalmente la cooperación. De ahí que es muy importante para las organizaciones, comunidades o pueblos indígenas y tribales, determinar clara y específicamente quién o quienes son las autoridades

responsables de cumplir, hacer cumplir e implementar las disposiciones contenidas en el presente Convenio. La autoridad gubernamental encargada debe ser adecuadamente identificada, pues ella es la responsable directa de la ejecución del presente convenio a nivel nacional; ello sin restar la responsabilidad que le atañe al estado frente a su compromiso asumido internacionalmente.

Parte IX. Disposiciones generales

Flexibilidad de las medidas

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Comentario→ La flexibilidad de las medidas a implementarse es un tema de suma importancia, para la real aplicación de las disposiciones de este convenio. La categoría de la flexibilidad, pasa necesariamente por el tema de la sensibilidad frente a la diversidad de valores culturales que subyacen y confluyen en una misma sociedad; pasa por el reconocimiento legal de una realidad multicultural, multiétnica y plurilingüe. El artículo 34 es una disposición muy importante, pues al estipular que el Convenio deberá aplicarse de una manera flexible, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país, está adecuando la norma a la complejidad de la realidad. Esto, de ninguna manera implica que los gobiernos puedan aplicar el Convenio de cualquier forma. Más bien, toma en cuenta el hecho de que existen grandes diferencias en la situación de los pueblos indígenas en las diversas partes del mundo. Por ejemplo, los pueblos indígenas de América del Norte han tenido más acceso a los sistemas de educación que los pueblos de la gran mayoría de países del Sureste Asiático. Los pueblos indígenas de América del Norte tienen acceso a los sistemas legales y cuentan con medidas de protección que, de una forma u otra, no están al

alcance de muchos otros pueblos indígenas o tribales del mundo. En Asia y África casi no existen convenios o tratados que tomen en cuenta las raíces históricas de los pueblos indígenas y tribales. De ahí que deban tomarse distintas medidas teniendo en cuenta la diversidad de países y culturas. Por su parte el *Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo*⁴⁰, establece lo siguiente:

- 8. Flexibilidad de las normas. La Conferencia ha recurrido a diversos medios para dar flexibilidad al alcance, a los métodos de aplicación o a las obligaciones de fondo de las normas internacionales del trabajo. Por ejemplo:*
- (a) Cláusulas que establecen normas modificadas para los países que se mencionan. La Conferencia no ha recurrido únicamente a ellas.*
 - (b) Adopción de un convenio que enuncia los principios básicos, junto con una recomendación (o complementado más tarde por ella) que orienta sobre los pormenores técnicos y prácticos de su aplicación.*
 - (c) Formulación de las normas de un modo amplio y general — por ejemplo, para fijar objetivos de política social —, de modo tal que sean las condiciones y prácticas nacionales, a menudo después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, las que determinen los métodos de aplicación (leyes, reglamentos, convenios colectivos, etc.).*
 - (d) División del convenio en partes o artículos, algunas de cuyas obligaciones, tan sólo, es preciso aceptar en el momento de la ratificación, con lo que resulta posible la extensión gradual de las obligaciones según vayan evolucionando la legislación social y los medios de cumplimiento de la misma.*
 - (e) División del convenio en partes diferentes, que permitan la aceptación de obligaciones de distinto nivel o grado.*

⁴⁰ Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo de la OIT, en el siguiente enlace del internet:
<http://wwwilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/standards/norm/sources/handbook/hb4.htm#ratif>

- (f) Cláusulas que permiten — en ciertos casos, a título temporal — la aceptación de normas específicas menos rigurosas por ciertos Estados, por ejemplo cuando no existía en ellos una legislación sobre la materia del convenio con anterioridad a su ratificación o cuando la economía y las instituciones administrativas o médicas no están lo bastante desarrolladas.
- (g) Posibilidad de excluir, por ejemplo, a determinadas categorías laborales o empresas o a regiones poco pobladas o insuficientemente desarrolladas.
- (h) Aceptación por separado de las obligaciones derivadas de los convenios para quienes trabajan en ciertos sectores económicos.
- (i) Cláusulas que facilitan la adaptación en todo momento a los adelantos de las ciencias médicas, remitiendo a la «edición más reciente» de una obra de referencia, o manteniendo constantemente en examen el asunto en función del progreso de los conocimientos.
- (j) Adopción de un protocolo facultativo de un convenio, que permita la ratificación del mismo con una mayor flexibilidad o que amplíe sus obligaciones.
- (k) Cláusulas de un convenio que revisan parcialmente un convenio anterior, imponiendo otras obligaciones, más actuales, dejando la posibilidad de ratificar el convenio en su forma no revisada.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Comentario→ Finalmente, el artículo 35 dispone que la aplicación del Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados, en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes nacionales, laudos, costumbres o acuerdos nacionales. Esto evita que los gobiernos, bajo el pretexto de la ratificación de este Convenio, menoscaben la protección de los derechos más favorables reconocidos a estos pueblos -por otros instrumentos diferentes al Convenio número 169. Esto quiere decir que si existen otros instrumentos como tratados, convenios, acuerdos, etc; que favorezcan o protejan mejor a los pueblos indígenas y tribales, los gobiernos no pueden menoscabarlos utilizando como argumento la aplicación del Convenio 169. Haciendo una interpretación extensiva de la misma norma, se tiene que, los tratados suscritos antes de la ratificación del presente convenio, tiene plena vigencia y por ningún motivo pueden ser invalidados, más aún si éstos reconocen mejores derechos.

Parte X. Disposiciones finales

Comentario final→ Dado que los artículos contenidos en la parte X del convenio, bajo el título de Disposiciones Finales, no ameritan mayor interpretación por parte de los pueblos indígenas y tribales, puesto que se trata de disposiciones de carácter administrativo; su interpretación y aplicación corresponden más a los estados miembros y a su equipo de asesores. Es por ello que sólo se efectuará las interpretaciones de los artículos que se consideren estrictamente necesarios o de algún interés para la parte más vulnerable del presente Convenio: Los pueblos Indígenas y Tribales. En todo caso mayor información y clarificación respecto al contenido y los alcances de los artículos subsiguientes se pueden encontrar en el *Manual sobre Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo*.

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957.

Comentario→ El presente artículo no necesita mayor interpretación, sin embargo es necesario traer a colación, a manera de referencia, lo siguiente: El Convenio núm. 169, así como los otros convenios adoptados por la OIT, hasta junio de 1996, está redactado como un tratado. Es un instrumento legal, con carácter obligatorio para aquellos países que lo ratifican. Empero, antes de ser ratificado el mismo sirve como una guía de acción para los gobiernos. Es el instrumento internacional más completo y actualizado sobre las condiciones de vida y trabajo de los pueblos indígenas y tribales, y es el único instrumento internacional sobre el tema; aparte del **Convenio núm. 107 adoptado por la OIT en 1957**. Este último, fue redactado en colaboración con el resto de organizaciones del sistema de Naciones Unidas, en un primer esfuerzo por regular a nivel internacional las condiciones de trabajo y vida de estos pueblos. Sin embargo, fue necesario **revisarlo** a mediados de los años 1980, en respuesta a la creciente crítica debido a su **enfoque paternalista e integracionista**. Por consiguiente, a partir de 1985, la OIT realizó consultas para examinar la posibilidad de revisar el Convenio núm. 107. La primera discusión se realizó en 1986, en una Reunión de expertos, lo que permitió discutir durante la Conferencia de la OIT (1988 y 1989) una versión revisada de dicho Convenio. Este fue adoptado en 1989 como el Convenio núm. 169.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Comentario→ El artículo 37 establece en términos generales el procedimiento para las ratificaciones del presente Convenio. Los procedimientos específicos están establecidos en los artículos 18 y 19 del título III del Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, que a la letra dice:

III. Ratificación de convenios y aceptación de obligaciones

18. Procedimiento. En virtud del artículo 19, 5, d) de la Constitución:

Si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio.

19. Forma de comunicar la ratificación. No existen disposiciones específicas en la Constitución respecto de la forma de comunicar las ratificaciones, que puede variar según las leyes y la práctica constitucionales de cada Estado. Para poder ser registrado el instrumento de ratificación debe:

- (a) precisar claramente el convenio o convenios que se ratifican;
- (b) ser un documento original (y no un facsímile o una fotocopia), firmado por una persona con autoridad para actuar en nombre del Estado (por ejemplo, el Jefe del Estado, el Primer Ministro, el Ministro de Asuntos Exteriores o el Ministro de Trabajo);
- (c) indicar claramente la intención del gobierno de que el Estado quedará obligado por el convenio de que se trate y su compromiso de cumplir con las obligaciones del convenio, siendo preferible que haya una referencia específica al artículo 19, 5), d) de la Constitución de la OIT.

Artículo 38

- 1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.**
- 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.**
- 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.**

Comentario→ El presente artículo no amerita una interpretación rigurosa, sin embargo se hace necesario expresar que el inciso 1 del artículo 38 establece como único requisito de exigibilidad, el registro de la ratificación correspondiente, por parte del Director General de la OIT. En cuanto al sentido de los incisos 2 y 3 de la norma que nos ocupa, se tiene que el Convenio fue Firmado en Ginebra el 27 de junio de 1989, ante el Depositario Director General de la OIT. Sin embargo recién entró en vigencia el 6 de setiembre de 1991, un año después del registro de las ratificaciones de Noruega y México (que fueron los primeros dos países signatarios del Convenio Número 169). En el caso del Perú, el instrumento de ratificación data del 17 de enero de 1994 y fue depositado (registrado por el Director General de la OIT) el 2 de febrero de ese mismo año, por consiguiente, de acuerdo al inciso 3 del artículo 38 entró en vigor el 2 de febrero de 1995.

A manera de referencia, a continuación se expone, en orden alfabético, la relación de países que han ratificado el convenio y la fecha de ratificación del mismo: Argentina 03:07:2000, Bolivia 11:12:1991, Brasil 25:07:2002, Chile 15:09:2008, Colombia 07:08:1991, Costa Rica 02:04:1993, Dinamarca 22:02:1996, Dominica 25:06:2002, Ecuador 15:05:1998, España 15:02:2007, Fiji 03:03:1998, Guatemala 05:06:1996, Honduras 28:03:1995, México 05:09:1990, Nepal 14:09:2007, Noruega 19:06:1990 Países Bajos 02:02:1998, Paraguay 10:08:1993, Perú 02:02:1994 y República Bolivariana de Venezuela 22:05:2002. Hasta el momento no ha habido ningún condicionamiento, ninguna declaración de aplicación provisoria, ni mucho menos denuncia alguna por parte de los países signatarios.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

- 1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.**
- 2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.**

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

V.- LEGISLACION: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.- Conociendo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

J) A Manera de Introducción:

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un instrumento legal de carácter internacional, en el que se detallan derechos como el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas, tradiciones y a buscar su propio desarrollo; determinándolo libremente de acuerdo a sus prioridades y de conformidad con sus propias necesidades, intereses e instituciones.

La Declaración, tal como la conocemos hoy, ha recorrido un largo camino. Fue preparada y debatida oficialmente durante más de veinte años antes de ser aprobada oficialmente por

la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007⁴¹. El proceso fue avanzando lentamente, mientras los Estados y los Pueblos Indígenas mantuvieron un fructífero diálogo, facilitado y moderado por las Naciones Unidas. Sin embargo, las cuestiones como la auto-determinación de los pueblos, los derechos colectivos e individuales, las tierras y los recursos naturales, fueron objeto de intensos debates. Fue entonces que, en 1982, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció el *Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas* para que, entre otras cosas, elaborara normas de derechos humanos destinadas a proteger a los pueblos indígenas. En 1985, el Grupo de Trabajo empezó a preparar el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1993, el Grupo de Trabajo acordó un texto definitivo del proyecto de Declaración y lo presentó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección para las Minorías, la misma que lo aprobó en 1994. Posteriormente, el proyecto fue enviado a la entonces llamada Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la misma que estableció el *Grupo de Trabajo sobre la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. La Cumbre Mundial del 2005 y el quinto período de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, celebrado en 2006, instaron a que la Declaración se aprobara sin pérdida de tiempo. Finalmente, en junio de 2006, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Declaración y, el 13 de septiembre de 2007, lo hizo la Asamblea General.

K) Importancia de la Declaración

La Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es de trascendental importancia como un medio para que los pueblos del mundo puedan asumir los retos históricos que el futuro plantea. En ella se consagran derechos que exigen nuevos enfoques con respecto a las cuestiones mundiales, como por ejemplo: el desarrollo entendido como progreso y bienestar genuino, la instauración de un nuevo orden

⁴¹La Declaración fue aprobada por mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007, por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. (los países que votaron en contra de la Declaración fueron Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia y Nueva Zelanda)

socioeconómico más inclusivo y menos arbitrario, una democracia participativa multicultural, entre otros. En este sentido, los gobiernos del mundo tendrán que reformular sus políticas y reconsiderar jurídicamente instituciones como la libre determinación, la consulta, la participación, la reparación justa y equitativa, la discriminación, los territorios, el derecho a la propia visión del desarrollo económico y social, el derecho a ser diferente dentro de la igualdad jurídica, entre los más importantes. Es decir, que para lograr una auténtica interacción social y el pleno respeto de la diversidad, los países deberán adoptar enfoques participativos de las cuestiones indígenas, para los que hará falta celebrar consultas efectivas y establecer alianzas con los pueblos interesados. En tal sentido, no es casual que diecisiete de los cuarenta y seis artículos de la Declaración se refieren a la **cultura indígena** y a cómo protegerla y promoverla, respetando el aporte directo de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y asignando recursos a la educación en idiomas indígenas y a otras esferas igualmente importantes; no es casual que quince de sus cuarenta y seis artículos se refieran a la **participación** de los pueblos indígenas en todas las decisiones que afectan a sus vidas, incluida la participación efectiva en un sistema de gobierno democrático; igualmente, es de suma importancia que la Declaración consagre el derecho de los pueblos indígenas a la **libre determinación** y reconozca los derechos relacionados con los medios de subsistencia y el derecho a las tierras, **territorios** y recursos; más aún la Declaración reconoce que los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una **reparación** justa y equitativa. Finalmente, la Declaración prohíbe la **discriminación** contra los pueblos indígenas y promueve su participación plena y efectiva en todos los asuntos que les conciernen, así como su derecho a seguir siendo **diferentes** y a perseguir su **propia visión** del desarrollo económico y social.

L) La Declaración y su carácter jurídico vinculante

Aunque una declaración de la Asamblea General no es un instrumento coercitivo u de observancia o aplicación obligatoria del derecho internacional, sí representa el desarrollo internacional de las normas y del sistema legal, y encarna por sobre todas las cosas el compromiso de la Organización de Naciones Unidas y de los estados miembros. Para la ONU, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un marco de

referencia importante para el tratamiento de los pueblos indígenas del mundo y será indudablemente una herramienta significativa para luchar en contra de las violaciones de los derechos humanos de más de 370 millones de personas indígenas a nivel mundial.

En efecto, en términos generales, las declaraciones de las Naciones Unidas no son vinculantes jurídicamente, es decir que no tienen fuerza jurídica obligatoria para los Estados, pero una vez ratificadas, surge la obligatoriedad de adecuar sus normas internas al compromiso asumido internacionalmente puesto que, como ya se dijera con anterioridad, las declaraciones de las Naciones Unidas representan la conjugación armónica de esfuerzos y voluntades democráticamente concertadas, para crear normas de convivencia universal; ellas son instrumentos jurídicos internacionales que reflejan el compromiso de los Estados, de avanzar progresivamente en una sola dirección y de respetar principios fundamentales de convivencia humana.

Si partimos de la verdad axiomática que los derechos humanos son inherentes a la persona, tenemos que instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no crean nuevos derechos, sino que los instituyen, dedican y consagran. En el caso específico de la Declaración que nos ocupa, tenemos que ésta proporciona una interpretación de los derechos ya consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, muchos de los cuales han sido ratificados por el Perú y la mayoría de países latinoamericanos y los cuales son de resonancia universal, como: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Diversidad Biológica y las resoluciones sobre las dos Décadas Internacionales de los pueblos Indígenas del Mundo y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

En este sentido, la Declaración es un documento importantísimo, pues no sólo sirve de guía a los países miembros de la ONU en su relación con los pueblos indígenas, sino que su efecto vinculante, cuando no es jurídico, por lo menos es moral, como una aspiración de justicia, para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. En síntesis la Declaración es un instrumento de observancia y cumplimiento obligatorio

para evitar la violación de los derechos humanos de 370 millones de indígenas en todo el mundo y para prestar asistencia no sólo a los pueblos indígenas, sino también a los Estados en su lucha contra la discriminación, la marginación, la injusticia y la pobreza. Por esta razón, urge que los gobiernos del mundo, a través de sus instituciones democráticas, apresuren el proceso de ratificación e instrumentalicen jurídicamente la Declaración, para hacer de los derechos allí contenidos una realidad tangible y cotidiana.

A manera de referencia adicional al tema de la obligatoriedad de los convenios, tratados y declaraciones, se tiene que el Convenio 169, una vez ratificado por un Estado, tiene un carácter vinculante se refiere, pero no se limita, a la imperiosa necesidad y la obligación de adecuar las normas internas para que puedan ser apropiadamente articuladas con la normatividad del Convenio y el derecho internacional, en concordancia con la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Estado peruano. A manera de nota marginal, también se tiene que, el Convenio posee siete artículos dedicados a la tierra/territorios y recursos naturales. De su texto queda claro que no se obliga a los Estados a reconocer “territorios” con la significación que este término tiene en el derecho internacional, ni tampoco obliga a los Estados a reconocer a los pueblos indígenas derechos de propiedad sobre los recursos minerales y del subsuelo que estén en su territorio. Sin embargo, el Convenio establece que los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales, y que la tierra y sus recursos naturales son la fuente principal del sustentamiento económico, cohesión social y cultural de estos pueblos.

M) La Declaración y sus Principales Detractores

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por una amplia mayoría por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión del 13 de Septiembre de 2007. 144 fueron los países que votaron a favor y de no haber sido por Colombia, habrían sido la totalidad de los países latinoamericanos, los que brindaron su apoyo a este gran logro de trascendencia universal. Sin embargo, no todo fue celebración, la declaración también contó con pujantes detractores, tímidos gobiernos que optaron por abstenerse de votar y gobiernos que simplemente decidieron no enviar a sus representantes y hacerse declarar ausentes frente a un compromiso de universal interés y envergadura.

En la Asamblea General del 13 de Septiembre de 2007, 144 países votaron a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos), hubo 11 abstenciones (Azerbaijan, Banblades, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania) y 34 estados que simple y llanamente no estuvieron presentes en la votación.⁴²

N) Los Once que se Abstuvieron de Votar

Para nadie es un secreto que la política internacional está plagada de presiones y decisiones que son tomadas en función a intereses económicos, en este sentido las Naciones Unidas, sus organismos, asambleas, foros y debates, no representan un escenario inmune; tal es así que las abstenciones de Azerbaiyán, Bangladesh, Bhután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania; obedecen a las expectativas de recibir “ayuda” y cuando no es así, al temor de ser objeto de alguna represalia, que puede ir desde el recorte o la supresión de la ayuda ya existente, hasta la desestabilización de sus gobiernos o intervenciones militarizadas.

El **Plan Colombia** es un caso concreto. Un error del gobierno colombiano a nivel de sus relaciones diplomáticas con los Estados Unidos de Norteamérica, significaría no sólo la suspensión de la ayuda económica y militar, sino también la desestabilización del régimen que indefectiblemente perdería la guerra frente al narcotráfico o la guerrilla popular.

Bangladesh es otra triste muestra de lo ante dicho: El 13 de Septiembre de 2007 el gobierno de Bangladesh se abstiene de votar, o mejor dicho de contradecir al gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica en la Asamblea General, y en diciembre de ese mismo año recibe a través de la agencia norteamericana USAID la suma de 5 millones de dólares más, para el Programa Mundial de Alimentos (PMA) los que en total suman más de 19,5 millones de dólares en fondos de emergencia. A continuación extracto de un titular emitido por el Departamento de Estado Norteamericano.

⁴² BBC News at http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/6993776.stm o más información en la página oficial de la ONU <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/declaration.htm>

Fondos adicionales de EE.UU. Para ayuda alimentaria a Bangladesh: USAID proporciona 5 millones de dólares más al Programa Mundial de Alimentos.

“Con esta nueva financiación, USAID proporciona un total de más de 19,5 millones de dólares en fondos de emergencia, mercancías, ayuda alimentaria y transporte para la ayuda, así como esfuerzos iniciales de recuperación en Bangladesh”⁴³

En lo que a **Rusia** se refiere, ésta tiene fundados temores respecto de la Declaración, pues regiones separatistas que actualmente se encuentran dentro de su territorio y bajo el ejercicio de su soberanía, podrían utilizar derechos como el de la autodeterminación para fundamentar jurídicamente sus deseos de independencia.

En el caso de las ex Repúblicas Socialistas Soviéticas: **Azerbaiyán, Georgia y Ucrania**, es bastante claro su apoyo incondicional a los Estados Unidos, no sólo porque éstas necesitaron de aquel para lograr y mantener sus independencias, sino también porque Estados Unidos ha mostrado especial interés en el oleoducto *Baku-Tbilisi-Ceyhan*, que pasa a través de **Azerbaiyán, Georgia** y Turquía. Como si esto fuera poco, Washington, a través del que fuera su ex-vicepresidente Dick Cheney, se hizo presente en la región visitando las 3 ex Repúblicas Socialistas, para manifestar abiertamente su apoyo a Tiflis-Georgia; que por entonces se encontraba en disputa con Moscú por sus regiones separatistas. Otro aspecto importante para la abstención de Azerbaiyán ha sido la ayuda militar y técnica, previa a la Declaración, de 4.86 millones de dólares suministrados por el gobierno Norteamericano.

Las abstenciones de Bhután, Burundi Kenya, Nigeria y Samoa, tuvieron similares “motivaciones” político-económicas, con algunas variantes que no merecen mayor detalle, pues los ejemplos ya mencionados grafican plenamente la verdadera razón de sus decisiones de no votar, o mejor dicho no contradecir a los Estados Unidos, en la Asamblea General del 13 de Septiembre de 2007.

⁴³ Comunicado de prensa difundido el 4 de diciembre de 2007. (Distribuido por la Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de Estados Unidos. Sitio en la Web: <http://usinfo.state.gov/esp>)

O) **Los cuatro que votaron en contra**

Los cuatro gobiernos que votaron en contra de la Declaración, todos ellos angloparlantes, son los que paradójicamente fueron integrantes del Imperio Británico y no sólo poseen una significativa población aborigen, sino también una vergonzante deuda moral e histórica, no sólo con estos pueblos sino con la humanidad entera.

a) **Australia**

La oposición de la delegación Australiana a la aprobación de la Declaración fue rotunda. Esta se manifestó contra el mantenimiento de las instituciones y los sistemas jurídicos tradicionales indígenas. Su oposición se fundamentó en el hecho de que debe haber solamente una ley para todos los australianos y que no se deberían mantener como reliquia prácticas legales que no son aceptables en el mundo moderno.

b) **Canadá**

La delegación canadiense fue más allá y dijo que, aunque apoya el espíritu de la declaración, deja a salvo que ella contiene aspectos "fundamentalmente incompatibles con la Constitución del Canadá". Se señaló en particular el artículo 19, que requiere a los gobiernos celebrar consultas con los indígenas -para obtener su consentimiento libre, previo e informado- antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten. Por otro lado, se citó al artículo 26, el cuál, según el gobierno canadiense, podría permitir reclamaciones sobre los territorios indígenas históricos. Algunos funcionarios representantes del gobierno, describieron a la Declaración como un documento "irrealizable en una democracia occidental bajo un gobierno constitucional".

c) **Nueva Zelanda**

A su turno, Nueva Zelanda consideró que la Declaración contiene normas que no están dispuestos a aceptar bajo ningún motivo. Dentro de las cuales se hizo especial referencia al artículo 26, que parece requerirle a los gobiernos el reconocimiento de los derechos indígenas, sobre las tierras que ahora son poseídas legalmente por otros ciudadanos, lo cual según el gobierno Neo Zelandés "es contraproducente a la realidad contemporánea y sería de imposible ejecución".

d) **Estados Unidos de Norteamérica**

Estados Unidos, a través de su portavoz Benjamín Chang, se justificó diciendo que: "lo que se hizo no está claro. El camino está ahora sujeto a múltiples interpretaciones y no se ha establecido un principio universal claro. "La delegación estadounidense propaló su inconformidad publicando un documento oficial en el que hacía observaciones a la Declaración cuyo título en Ingles es "*Observations of the United States with respect to the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*", en él especifica las objeciones de su gobierno, muchas de las cuales son coincidentes con las observaciones expresadas por los otros tres países. El gobierno estadounidense, a través de su publicación enfatiza que la Declaración no tiene una clara definición del concepto de "pueblos indígenas" ni de lo que exactamente intenta abarcar.

En contraste con lo afirmado por estos cuatro gobiernos, muchos otros países y los altos funcionarios de Naciones Unidas expresaron su satisfacción por la adopción de la Declaración. El Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-Moon, por ejemplo, afirmó que se trata de "un momento histórico en que los estados integrantes de la ONU y los pueblos indígenas del mundo se han reconciliado tras una penosa historia y han resuelto avanzar juntos en la trayectoria de los derechos humanos, de la justicia y del desarrollo para todos. En su momento, " Louise Arbour, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, ciudadana canadiense, expresó su satisfacción porque el trabajo duro y la perseverancia finalmente "han dado fruto en la Declaración más comprensible de los derechos de los pueblos indígenas, hasta la fecha". A su turno, el delegado de Bolivia, Ministro de Relaciones Exteriores David Choquehuanca dijo, que espera que los gobiernos que han votado en contra o se han abstenido, reconsideren su rechazo y apoyen la Declaración, a la cual describió, como un documento tan importante como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

P) Declaración de Derechos frente a Necesidad de Protección

Desde que la Declaración no fuera más que un ambicioso proyecto en manos del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas (1985), ésta fue ya concebida como una gran amenaza. Coincidientemente, países con una gran deuda histórica, para con sus pueblos indígenas, como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia; fueron sus principales críticos y a su turno sus únicos opositores. Dentro de las alegaciones más frecuentes, estaban aquellas que expresaban como

inoficioso a un documento que no era capaz de definir claramente a la persona indígena, de igual modo se consideraba como contraproducente e inútil ofrecer derechos adicionales de carácter específico (derechos indígenas) a quienes de antemano ya poseían derechos como ciudadanos comunes y corrientes. A este ritmo decían, -y recuerdo haberlo escuchado en alguna reunión de trabajo- los indígenas terminarán teniendo más derechos que nosotros mismos y eso también es discriminar en sentido inverso. Otra de las preocupaciones, expresada por varios gobiernos, fue que esta Declaración podría exacerbar los ánimos secesionistas confiriendo derechos en el ámbito internacional.

Lo cierto es que, como ya manifestáramos anteriormente, la Declaración no crea nuevos derechos, sino que complementa y en muchos casos perfecciona la dimensión y alcance de derechos ya consagrados en otros instrumentos internacionales, tal es así que entre ellos aborda, los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos culturales y el derecho a la identidad, y los derechos a la educación (indígena), a la salud, al empleo y al idioma. El texto afirma que los pueblos indígenas tienen derecho, como pueblo o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la *Carta de las Naciones Unidas*, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el sistema normativo internacional de los derechos humanos.

La Declaración estipula que los pueblos y las personas indígenas son **libres e iguales** a todos los demás pueblos y personas; por lo tanto tienen derecho a no ser objeto de **ninguna discriminación** que esté fundada en su origen o identidad indígena. Los pueblos indígenas tienen derecho a la **libre determinación**. En virtud de este derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a **conservar y reforzar** sus propias **instituciones** políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a **participar** plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Por otro lado, desde una perspectiva más indígena y menos jurídico-académica, la Declaración representa más una protección frente al abuso, que ejercicio en si de los derechos en ella contenidos. El texto que fluye en sus cuarenta y seis artículos deja entrever que el espíritu que ha informado a la Declaración desde su concepción, no ha sido otra cosa más que un angustioso clamor de amparo internacional frente a los abusos, la violación, el despojo, la arbitrariedad y la

muerte. Desde esta perspectiva, los derechos de los pueblos indígenas allí contenidos se resumen a: 1) Auto-determinación dentro de los estados existentes 2) protección en contra del genocidio 3) protección en contra del etnocidio 4) protección de sus propias culturas y costumbres ancestrales 5) protección de sus propias instituciones y formas de gobierno 6) protección de su propia y especial relación con sus tierras y territorios 7) protección de su propias actividades económicas tradicionales y 8) representación en todos los niveles de toma de decisiones respecto a su futuro como pueblos indígenas.

A continuación se expone *ad peden literae* y en letra cursiva el texto mismo de la Declaración, en base al cual se habrá de efectuar los comentarios e interpretaciones que sean necesarias para mejor ilustrar las motivaciones originales de su texto y lograr una mejor comprensión de su sentido y alcances.

Q) Interpretación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

Preámbulo.-

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Comentario→ El párrafo anterior muestra una aparente incongruencia semántica. Sin embargo el hecho de ser considerado igual ante la ley (para evitar la discriminación) y tener derecho a sentirse o considerarse a si mismo diferente no da lugar a confusión.

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Comentario→ En el mundo no existen pueblos, personas o razas superiores; cualquier sentimiento de superioridad o práctica social en ese sentido es científicamente falso, es un disparate. Aunque la norma sólo advierte y condena moralmente el racismo y la discriminación, aberraciones que son socialmente evidentes; no contempla o dice nada sobre los sentimientos de inferioridad, tan arraigados en sociedades que han sufrido o han sido objeto de prácticas discriminatorias seculares y que son reafirmadas cotidianamente por la rutina de la interacción social y los medios de difusión masiva.

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual

éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Derechos Individuales y Colectivos

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Comentario→ La ley es sumamente clara al hacer referencia específica a “pueblos” y “personas”. Bajo esta diferencia conceptual no quepa la menor duda que la Declaración entraña derechos y libertades que pueden ser ejercidos (disfrutados) o reclamados individual o colectivamente. Es importante señalar que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, no se limitan únicamente a los derechos establecidos en la presente declaración, sino que también se refieren a todos los demás derechos estatuidos en los diferentes tratados de derechos humanos, aunque estos no hagan alusión a pueblos indígenas. Otro aspecto de vital importancia es el de ser **libre e igual**. En la medida en que los miembros de una sociedad se asuman iguales entre si, la libertad se erige como un valor de convivencia natural; en este sentido, la “igualdad legal” tiene mucho camino por recorrer para llegar a convertirse en una “igualdad real” y cotidiana, pues son muchas las realidades en donde no existe realmente una igualdad ante la ley y en donde un complejo de inferioridad bastante arraigado, no sólo impide ser o sentirse igual al otro, sino que atenta en contra del derecho a la libertad mostrando nuevas formas de esclavitud, servilismo y manipulación. Finalmente, el tema de la **discriminación** y las cuestiones de **identidad**, son un tema recurrente a lo largo de la Declaración. Cabe resaltar que la discriminación es abordada de manera

genérica, como derecho (a no ser objeto de la misma en el artículo 2) y como principio de interpretación (artículo 46, inciso 3)

El tratamiento de las cuestiones de identidad indígena, del fantasma de la discriminación y de la necesidad de protección frente a la misma; se encuentran regulados a lo largo de los artículos 8, 9, 14, 15, 17, 21, 22, 24, y 29; en lo referido a: 1) la propaganda tendenciosa que promueva o incite discriminación racial o étnica, 2) la pertenencia a una comunidad o nación, 3) el acceso a la educación del estado, 4) combatir los prejuicios, eliminar discriminación y promover tolerancia, 5) el no sometimiento a condiciones discriminatorias de trabajo, 6) el mejoramiento de condiciones económicas y sociales, 7) garantizar protección frente a violencia y discriminación en contra de mujeres y niños indígenas, 8) garantizar el acceso a los servicios sociales y de salud del estado, y 9) garantizar la conservación y protección del medio ambiente y la capacidad productiva de sus tierras y territorios, y finalmente.

Libre Determinación

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Comentario→ Libre determinación, como su mismo nombre lo indica, significa determinar sin ningún tipo de presión, decidir libremente. Éste es un derecho de los pueblos indígenas que presupone el reconocimiento y respeto de sus instituciones y sistemas de gobierno ancestrales. En virtud de este derecho, los pueblos indígenas están facultados para tomar sus propias decisiones. Una interpretación literal de los artículos 3 y 4, dejan entrever una secuencia lógica en cuanto al

ejercicio del derecho de libre determinación, en razón del cuál los pueblos indígenas tienen la libertad de establecer su condición política, es decir de establecer su propia forma de gobierno y orientarse hacia su propio desarrollo económico, social y cultural; guiándose siempre por el imperio de sus propias costumbres, instituciones y sistemas ancestrales. La forma de gobierno, establecida sin ningún tipo de presión, goza de autonomía al interior de la comunidad y es de jurisdicción local; es decir que su área de influencia se reduce al ámbito de su territorio. Es importante resaltar que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 4, autonomía se entiende como sinónimo de autogobierno, en función al cual los pueblos indígenas están facultados para disponer de los medios necesarios para financiar sus actividades.

Régimen de Protección General

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Comentario→ El derecho de los pueblos indígenas tiene como contrapartida no sólo el reconocimiento y respeto de esos derechos, sino también una responsabilidad y compromiso por parte del estado de materializarlos, es decir, de hacer de ellos una realidad tangible. En tal sentido, el presente artículo está referido a la protección (conservar y reforzar) de las instituciones indígenas como mecanismos de convivencia y desarrollo; salvando el derecho de utilizar las instituciones y los mecanismos que el estado ofrece para la consecución de sus fines colectivos, lo cual no sería posible si no se tuviera expedido el derecho de participación, el mismo que convierte a los pueblos indígenas en gestores de su propio desarrollo.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Comentario→ El derecho a una nacionalidad se aborda desde una perspectiva individual, es decir, es el individuo el que sin importar su condición indígena o su pertenencia a una determinada nación o comunidad indígena, se encuentra protegido con la nacionalidad de un determinado estado. Aparentemente el derecho a la nacionalidad, así como ha sido planteado, carece de

sentido por resultar más que obvio: “*No importa cuan kechua o aymará sea o me considere; si nací dentro de las fronteras peruanas soy peruano y si nací dentro de las fronteras Bolivianas soy Boliviano*”. La anterior afirmación parece tener mucha lógica y el sentido expreso del artículo 6 aparentemente resulta inoficioso por ser sumamente obvio; sin embargo, son muchos los pueblos indígenas renuentes a aceptar su pertenencia a los estados dentro de los cuales habitan, sea por su exacerbado sentido de identidad indígena, por el traumatismo histórico que generó la instauración de regímenes estaduales o por el pillaje, engaño, violación y genocidio del que fueron y en muchos casos siguen siendo objeto algunos pueblos a nivel mundial; lo cierto es que lo antedicho constituye una dolorosa realidad, que en muchos casos cobra visos de un antagonismo irreconciliable. En este sentido, viene a mi memoria un encuentro sostenido en la última reunión del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas en Suiza. La hermana Juana Calfunao de la Nación Mapuche, dejó bien en claro frente a sus interlocutores: “*Yo no soy chilena... Entiéndanlo bien: Soy Mapuche*”. Lo mismo ocurrió con una participante del Foro Permanente en Nueva York, madame Karem Hoffman de la región de Alzacia, quien por ninguna razón en el mundo se considera Francesa, pese a que utiliza el pasaporte francés y la nacionalidad francesa para poder viajar y asistir a foros internacionales. Algo similar ocurre con el Gran *Faithkeeper* Oren Lyons⁴⁴ de la Nación Onondaga, quien pese a haber nacido dentro de las fronteras de lo que actualmente constituye el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, se rehúsa a utilizar el pasaporte americano y suele viajar con un pasaporte expedido por su propia nación, situación que en más de una oportunidad le ha generado problemas migratorios y que podría ser un gran tema de tesis para el Derecho Internacional. Si a todas estas anécdotas ilustrativas agregamos que: 1) actualmente existen naciones indígenas que han declarado formalmente su independencia del estado que las contiene, y que 2) como requisito de pertenencia y aceptación, requieren que sus miembros renuncien formalmente a la nacionalidad del estado dominante; como resultado tendríamos una situación jurídico-política incierta y hasta cierto punto arbitraria, para sus miembros, así como para sus descendientes, de no existir la protección que brinda artículo 6 de la

⁴⁴ Oren Lyons is Faithkeeper of the Turtle Clan, Onondaga Nation, Haudenosaunee (Six Nations Iroquois Confederacy). Oren has also been active in international indigenous rights and sovereignty issues for over three decades at the United Nations and other international forums. He is an Associate Professor in the American Studies Program at the State University of New York at Buffalo. He is also the publisher of “*Daybreak*,” a national Native American news magazine. Oren Lyons is not a Chief, only a Faithkeeper. A title held by a Chief and Clan-mothers’ assistant for their clan. A Faithkeeper once given the title, is not eligible to receive any other title, such as Chief. It is commonly misconstrued that he is or was a Chief.

Declaración. Desde una perspectiva indígena y respetando la posición asumida por algunos grupos a nivel mundial, tenemos que el derecho a la nacionalidad no necesariamente implica obligación de tener que asumirla formalmente. Sin embargo, el ejercicio de la nacionalidad no representa mayor problema hasta que los asuntos indígenas dejan de ser locales o internos, para convertirse en internacionales. Hoy en día, por ejemplo, el temor obliga a los estados no sólo a una identificación adecuada de todos sus miembros, sino también a ser sumamente estrictos y cuidadosos en cuestiones de migración y seguridad internacional.

Artículo 7

- 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.**

- 2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.**

El presente artículo entraña una clara protección de derechos fundamentales y personalísimos y en su segundo inciso, los valores de libertad, paz y seguridad se plantean para ser ejercidos colectivamente como pueblos diferentes, pero no una diferencia que los sitúe en una situación de desventaja frente a otros pueblos o a la cultura dominante, sino más bien una diferencia como derecho o atributo y para ello la Declaración refuerza la protección, prescribiendo implícitamente que esa diferencia no puede dar lugar actos de genocidio y violencia, como el genocidio ocurrido en Ruanda entre Hutus y Tutsis. Se incluye a demás, como medida de protección frente a la violencia, al traslado de niños de un grupo a otro.

Artículo 8

- 1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.**

- 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:**

- A) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;*
- B) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;*
- C) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;*
- D) Toda forma de asimilación o integración forzada;*
- E) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.*

Comentario→ La cultura es un fenómeno de grupo y su protección parte del mismo enfoque; por lo tanto, cualquier legislación orientada a preservarla debe asumir un carácter colectivo. Para definir, vivir y defender su cultura, la comunidad debe actuar por encima de las voluntades y predilecciones individuales de sus miembros; sin embargo desde la perspectiva de la Declaración, son los pueblos y las personas indígenas las que tienen el derecho a “**no sufrir**” la destrucción de su cultura vía asimilación forzada. El término “**no sufrir**” parece bastante adecuado y oportuno dado que actualmente existe un tipo de destrucción cultural, vía asimilación, que es casi imperceptible y que en muchos casos hasta se **disfruta**. En este sentido, los medios de difusión masiva y la voracidad del sistema globoneoliberal, frente a su majestad la libre empresa; han arrinconado a los estados con los brazos cruzados, los han hecho sus incondicionales colaboradores o simplemente los han obligado a callar cómplicemente en aras del progreso económico, que nada tiene que ver con el bienestar genuino de la población en general, ni mucho menos con la prosperidad los pueblos indígenas. Sin embargo, el texto mismo de la Declaración busca proteger a la cultura, frente a su destrucción - vía asimilación- siempre que este proceso se de por medio de la fuerza. En tal virtud la Declaración estipula la prevención y el resarcimiento, para lo cual los estados tienen la obligación de establecer los **mecanismos eficaces**.

Respecto a lo que significa prevenir y resarcir no existe mayor problema, estos son dispositivos legales que se ejecutan bajo la lógica del antes y después. Es decir, “prevenir” para aplicar antes, o

sea para evitar que una violación de derechos ocurra, o “resarcir” para aplicar después, cuando la violación ya ocurrió y existe la necesidad de reparar el hecho dañoso. Sin embargo, determinar que se entiende por **mecanismos eficaces**, no sólo constituye una urgencia de primer orden, para los pueblos indígenas; sino también, una puerta abierta a la arbitrariedad y el abuso por parte de los gobiernos. En otras palabras, es pedirle al estado, titular de la iniciativa de violación de los derechos humanos, que se ate las manos o se ponga la soga al cuello; es decir, es pedirle que él mismo le fije límites a su libertad de obrar y ello, en realidad, no representa mayor beneficio para los pueblos indígenas.

El establecimiento de **mecanismos eficaces** por parte del estado, pasa necesariamente por la comprensión y utilización de instituciones como: la consulta previa, la participación y el consentimiento libre, previo e informado. Un mecanismo eficaz es aquel procedimiento que como mínimo ofrece a los pueblos indígenas la oportunidad de manifestar su opinión y la capacidad de influenciar en la toma final de la decisión.

En este artículo cabe resaltar, que la **integridad como pueblo distinto** esta íntimamente vinculada a **valores culturales e identidad**, los mismos que son imposibles de concebir sin el derecho al **territorio**.

Mención especial nos demanda el literal e) del presente artículo: “Los estados establecerán mecanismos eficaces para prevenir o resarcir toda forma de **propaganda** que tenga como fin promover o incitar la discriminación racial o étnica. Respecto a esta situación urge establecer la diferencia entre publicidad y propaganda. La primera tiene un fin eminentemente comercial, económico; mientras que la segunda tiene una connotación política. Tomando como punto de referencia lo antes mencionado tenemos que, muy a menudo los medios de difusión suelen representar estereotipos, en donde el elemento indígena resulta ser la caricatura folclórica de algún programa de televisión, es el personaje ignorante, el de acento chistoso, el mal oliente, el payaso capaz de hacernos reír con su sola presencia. En el Perú podemos abundar en ejemplos: La paisana Jacinta, la Chola Chabuca, el Cholo Severino, la Serranienta, etc. Tal intolerancia pluricultural e insensibilidad social, pretende justificarse con la pregunta: *¿Qué de malo hay en reírse un poco?* En efecto, no hay nada de malo cuando uno pertenece a la cultura social dominante, sin embargo surge otra interrogante *¿Qué ocurriría si se rieran de nuestra madre, de nosotros mismos, de nuestra cultura y nuestra forma de ver la vida?* Y lo que es peor, lo hagan

públicamente y utilizando medios de masiva difusión. Si observáramos a toda la sociedad riéndose a costas de nuestra propia madre, entonces estos personajes ya no resultarían tan graciosos. En definitiva, la interpretación de esta norma debe ser extensiva y bajo lo prescrito por la declaración, todo acto propagandístico o publicitario tendiente a promover o incitar la discriminación racial o étnica debe ser condenado por muy pequeño, moderado o sutil que éste sea.

Pertenencia como Derecho Individual y Colectivo

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Comentario→ De acuerdo a lo estipulado por el presente artículo, el derecho de pertenencia puede ser ejercido como derecho individual o colectivo. De una interpretación literal, se deduce que el ejercicio de este derecho tiene como únicos parámetros a las tradiciones y costumbres de la nación o comunidad de la que se trate. La norma no hace alusión a requisitos legales o administrativos. Sin embargo, para algunas realidades la pertenencia cualifica al miembro para obtener ciertas compensaciones o resarcimientos históricos, mal llamados beneficios, para lo cual existen ciertas “exigencias”, que no sólo les otorgan la condición de miembro sino que también les confieren cierto estatus. En este sentido, la norma alude a la figura de la discriminación, pero no en su versión común, sino que se refiere a una discriminación en sentido inverso. Es decir una discriminación efectuada por el propio grupo en contra del aspirante a ser miembro del mismo. Como ejemplo podemos citar la Ley de Cuota Sangre (Quantum Blood Law) de los Estados Unidos de Norteamérica; una ley basada en el aislamiento y el segregacionismo racial, que tuvo muchas consecuencias negativas especialmente en lo referido al acceso a vivienda, salud, educación. Esta ley en vez de promover el respeto y la tolerancia de la sociedad americana, promovió el racismo y un tipo de discriminación en reverso. Los críticos de esta ley afirman que ha sido usada eficazmente para promover la discriminación de los Negros y los indios americanos y lo que es peor obligándolos, de una manera encubierta, a discriminarse entre ellos mismos.

En este sentido, cabe precisar que el artículo 9 de la Declaración es un supuesto jurídico a la medida de los países desarrollados, en donde ser indígenas implica ciertas prerrogativas; pero se verifica con poca frecuencia en países donde el índice de discriminación explícita o directa es elevado e incluso alcanza a las esferas estructurales. Frente a este tipo especial de discriminación, efectuada por el discriminado en contra de su propia gente, cabe señalar que la ley no ampara el uso abusivo del derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Comentario→ La protección a la que hace referencia el presente artículo, más que un derecho a permanecer en la tierra o territorio indígena, constituye una garantía colectiva frente al desplazamiento que pretenda ejecutarse mediante el uso de la fuerza. Es precisamente en este supuesto, donde cobra especial vigencia la demarcación territorial y la adecuada representación, puesto que la experiencia ha demostrado que el *modus operandi* del gobierno como del poder económico internacional es “***confunde divide y vence***”; es decir que la forma de operar consiste en: 1) crear confusión en cuanto a la demarcación territorial, y 2) valerse de “autoridades” indígenas advenedizas; quienes frente a la oferta económica, no tienen ningún inconveniente en erigirse como dirigentes administrativos e inscribir y/o registrar sus derechos, prerrogativas y facultades dirigenciales, en cuanta oficina gubernamental sea necesario, para de este modo poder irrogarse la titularidad del “representante legalmente constituido” y negociar tierras, territorios y derechos comunales; pasando por encima de la autoridad, costumbres e instituciones tradicionales, que ven sus derechos desvanecerse frente a la “legalidad” documentaria y procesal, la misma que es amparada por todo el peso de la ley, la fuerza pública, la represión de las bombas lacrimógenas y los arrestos legalmente arbitrarios.

Otra de las modalidades es la de “***comprar a Juan lo que pertenece a Pedro***”. Desde que la mayoría de derechos ancestrales sobre territorios indígenas se basan en el derecho consuetudinario, el principio de buena fe, la reciprocidad y en la honorabilidad de sus miembros y de sus palabras empeñadas, entre otros; no resulta necesario demarcar territorios o delimitar sus

fronteras, pues éstos se encuentran amparados en el honor de la palabra y los principios de convivencia antes indicados. Sin embargo, para el poder económico, que cuenta con la diligente cooperación de gobiernos incondicionales a la inversión privada internacional, especialmente cuando se trata de promover actividades extractivas, no es difícil adquirir, vía compra o adjudicación, territorios comunales que se encuentran en regiones no delimitadas y/o adquirir de una comunidad la porción de territorio que le pertenece a otra. La historia nos muestra que esa fue una estrategia de mucha práctica y utilidad entre los colonos de los florecientes Estados Unidos de Norteamérica. Frente al desplazamiento -que no necesita ser forzoso por las múltiples argucias que pueden implementarse, como complicados procesos legales y administrativos, y engañosas estrategias - la Declaración contempla como remedios jurídicos: 1) el Consentimiento libre, previo e informado, 2) el acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa; y siempre que sea posible 3) la opción de retorno. En este orden de ideas, el desplazamiento sí procede. Siempre y cuando sea voluntario y fundamentado en un consentimiento anterior a la medida de desplazar a la comunidad hacia otro territorio. Sin embargo, resta analizar los términos de "libre" e "informado". Para efectos del desplazamiento, la libertad presupone:

- 1) toda la información que sea posible para comprender la totalidad del proceso. En otras palabras, no es aceptable como argumento lo siguiente: "*venda su terreno y no se preocupe por lo demás*" ni tampoco es aceptable "*lo que vamos a hacer con la laguna no es asunto suyo, usted límítese a vender lo que le corresponde*"
- 2) que la información sea oportuna y accesible para los miembros de la comunidad indígena. Es decir, que sea antes de que se pueda decidir la medida de desplazamiento, que sea en su propio idioma, que sea a través de sus propios mecanismos y respetando su propia idiosincrasia, por citar sólo algunas situaciones.
- 3) que el desplazamiento no sea la única opción. Es decir que: "*me vendes o me vendes*" no es una propuesta aceptable. La libertad supone que yo tengo derecho a decidir entre otras alternativas y que finalmente un "No" también es aceptable como respuesta.
- 4) que la información permita a los pueblos indígenas participar en el proceso e influenciar en la decisión.

El binomio libre e informado se refiere, pero no se limita únicamente, a los 4 puntos antes señalados, pues estos pueden variar, aumentar o disminuir de acuerdo a la realidad del caso concreto y a las necesidades de los pueblos indígenas involucrados.

Régimen de Protección Cultural

Artículo 11

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.**

- 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.**

Comentario→ El inciso 1 del presente artículo no merece mayor comentario pues es sumamente claro y se explica en si mismo; sin embargo, cabe señalar que el sentido futurístico de la cultura, esta en función a la evolución histórica de los pueblos y a posibles nuevos descubrimientos arqueológicos. El inciso 2, nuevamente trae a colación dos instituciones de vital importancia y que se repiten a lo largo de toda la Declaración, cuya esencia se mantiene inalterable, con algunas variaciones de forma que merecen ser analizadas e implementadas de acuerdo a las circunstancias específicas. Estas instituciones son: los “mecanismos eficaces” y el “consentimiento libre, previo e informado”, los cuales ya han sido tratados anteriormente.

En cuanto a la **restitución** a favor de los pueblos indígenas se refiere, tenemos que como proceso de devolución, ésta sólo opera en caso de que los objetos materia de la misma hayan sido sustraídos de la comunidad sin su consentimiento, previo, libre e informado. También se debe tomar en cuenta que para establecer los “mecanismos eficaces”, para recuperar los objetos materia de la restitución, la participación de los pueblos afectados cuenta como un requisito ineludible, desde que ésta se encuentra expresamente establecida en el texto de la Declaración.

Artículo 12

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.**

- 2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.**

Comentario→ En el presente artículo los supuestos jurídicos de: enseñar sus ceremonias espirituales y religiosas, así como de mantener y acceder privadamente a sus lugares religiosos y culturales, son figuras novedosas que no sólo brindan protección sino también la oportunidad de recuperar, reafirmar y proyectar la identidad indígena. No obstante, la función del estado se ve reducida a la del mero facilitador de los mecanismos de acceso y repatriación de los objetos de culto. El hecho de que los mecanismos de acceso y repatriación deban ser justos, transparentes, y eficaces; puede tener interpretaciones diversas y prestarse a actos de corrupción. Sin embargo, la Declaración, acertadamente, trata de equilibrar el proceso y extinguir la posibilidad de acciones dolosas al dar participación a los pueblos indígenas en el proceso de establecimiento de estos mecanismos.

Artículo 13

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.**

- 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.**

Comentario→ El presente artículo se orienta de manera definitiva a proteger culturalmente a los pueblos indígenas. Los aspectos mencionados en el inciso 1 constituyen el ánima o espíritu de un

determinado grupo de derechos, que de darse sobre un territorio específico materializarían lo que constituye la identidad de un pueblo. Por otro lado, algo tan elemental y aparentemente sencillo como el hecho de atribuir nombres, puede resultar atentatorio de la identidad y cultura indígena. Un estudio sobre la discriminación en Latinoamérica, reveló que muchas personas optan por nombres extranjeros para ocultar sus verdaderas raíces y evitar ser discriminados o vinculados a uno u otro sector de la sociedad que es objeto de discriminación. En este sentido urge una educación multicultural que promueva la tolerancia y el respeto sobre las diferencias, así como la valoración de expresiones y manifestaciones culturales históricamente auténticas.

Educación Multicultural y Plurilingüe

Artículo 14

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que imparten educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.**
- 2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.**
- 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.**

Comentario→ El tema e la educación indígena, es un tema que pasa necesariamente por el de la sensibilización, la tolerancia y el respeto mutuo de todos los actores sociales. La discriminación como fenómeno sociopolítico es producto de la ignorancia de los pueblos y se ha valido de ella para fundamentar sistemas económicos, como el de la esclavitud, sistemas sociales como el sexista, inclusive sistemas religiosos y políticos; tal es así que la idea de Dios viene a nosotros en el estereotipo caucásico y la existencia de un presidente indígena en Bolivia y negro en los Estados Unidos de Norteamérica ha causado un alboroto de dimensión mundial. El derecho indígena de establecer y controlar sistemas e instituciones educativas apareja una tremenda responsabilidad compartida. Desde que la educación, históricamente, ha sido un privilegio monopólico de sistemas religiosos y clases poderosas, ha servido como instrumento para fundamentar y perpetuar el

estatus quo, es decir que a través de ella se perpetuó el régimen que hoy heredamos. La responsabilidad compartida incumbe tanto a los gobiernos, como a los pueblos indígenas para recuperar y cuando no sea posible, crear sistemas educativos que estén de acuerdo y respondan no sólo a su realidad, sus conocimientos milenarios, principios ancestrales y cosmovisión, sino también a sus necesidades presentes y futuras. El derecho no sólo implica crear estos sistemas, sino también monitorearlos, controlarlos para que no sea una educación de espaldas a su realidad indígena y necesidades como pueblo. Este derecho no limita el derecho de los pueblos indígenas, especialmente de los niños indígenas, a optar por la educación impartida por el estado. Los pueblos indígenas finalmente tienen derecho a elegir y sea cual fuere la elección, el derecho a la educación debe estar resguardado por el estado, quien asegura la no discriminación y garantiza su accesibilidad a todos sus niveles. La educación desde la perspectiva indígena pasa necesariamente por disculpar, desaprender y aprender y eso la experiencia canadiense y sus “escuelas residenciales”***Aún falta incluir es testimonio de Lewis*** lo saben de memoria.

Medios de Información: Dignidad y Diversidad

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio

de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Comentario→ El debido reflejo de la dignidad y la diversidad en los medios de información y la educación pública, se basan en la urgencia de comprender que la dignidad y diversidad son dos conceptos que no sólo reposan sobre la base fundamental de la educación, sino que también están íntimamente relacionados con ella, especialmente cuando el escenario lo constituye la sociedad y los medios de información cumplen una función imponente como forjadores de la conciencia social.

Como ya ha sido analizado anteriormente, la **dignidad** como valor intrínseco y supremo del ser humano, esta relacionado a ese reconocimiento que nos da la "calidad de dignos", que nos hace sentir valiosos, sin importar los aspectos materiales, sociales o espirituales de nuestra vida. La dignidad se fundamenta en el reconocimiento de la persona, de ser merecedora de respeto, es decir, todo ser humano merece respeto sin importar quién es en medio de la **diversidad**. La dignidad es un atributo fundamental de convivencia que refuerza la personalidad, fomenta la sensación de plenitud y satisfacción, sin importar cuán diferentes seamos o nos veamos frente a los demás. La **diversidad** cultural, por su parte, refleja la multiplicidad e interacción de las culturas que coexisten dentro de una sociedad y sólo si se es consciente de su dignidad como persona y como indígena, esa interacción social no se verá opacada por barreras psicológicas, asimetrías de poder o discriminación racial. En este sentido el estado, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas y a través de los medios de información, tiene no sólo el compromiso sino también la gran responsabilidad de fomentar la dignidad de la persona y la tolerancia frente a la diversidad, combatiendo los perjuicios y auspiciando las buenas relaciones entre todos los sectores de la sociedad.

Régimen Laboral

Artículo 17

- 1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.**

- 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra**

todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Comentario→ El presente artículo parece establecer el derecho a tener derechos. Cabe señalar que en la práctica tener derechos no es lo mismo que ejercerlos, de igual modo ejercer un derecho no es lo mismo que disfrutarlo. Disfrutar un derecho significa ejercerlo de la mejor manera. Aquí nuevamente aparecen las instituciones de consulta y participación de gobierno y pueblos indígenas, para establecer medidas específicas orientadas a la protección de uno de los miembros más vulnerables de la sociedad: los niños indígenas. Un aspecto importante de esta protección esta referida a la educación; de acuerdo a la Declaración, la interferencia o interrupción de la misma constituye un atentado peligroso que podría impedir el ejercicio pleno de otros derechos. En otras palabras, nadie defiende o hace respetar lo que no conoce o conoce a medias, es por ello que el trabajo no debe interferir con la educación del niño, sino más bien debe ser un trabajo formativo que lo dignifique y lo haga consciente de sus derechos y responsabilidades. Aquel trabajo que interfiera con la educación del menor indígena, es un trabajo que le está impidiendo crecer y desarrollarse como ser humano, es un trabajo que le está comprometiendo peligrosamente la vida y el futuro, no sólo al menor y a su comunidad sino también al estado. Un trabajo que permite no sólo la subsistencia sino también una adecuada educación, tiene como consecuencia lógica el progreso. La educación es un derecho que erradica el abuso y la arbitrariedad y hace posible el ejercicio pleno de otros derechos.

Participación y Consulta

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Comentario→ La participación a través de representantes no es nada nuevo y parece ser un magnífico sistema; lo novedoso de esto es que la elección de los representantes debe ser siguiendo procedimientos propios. El tema de la participación en la adopción de decisiones implica tener voz y voto. Es decir, su opinión será tomada en cuenta y su decisión será respetada. Como derecho, la “**participación**” no necesita de autorización previa, es un derecho latente que debe ser ejercido en el momento en que haya que tomar decisiones que afecten sus vidas. Si el ejercicio de este derecho no se respeta y se toma una decisión sin haberse concretado la participación o haberla rechazado, entonces se puede impugnar la “decisión dañosa”.

El tema de la consulta y del consentimiento libre, previo e informado, tal como fue abordado anteriormente bajo un título específico, debe observar una serie de formalidades para que la decisión, medida legislativa o administrativa, pueda ser considerada válida. El tema de la buena fe en materia de cooperación, refleja la intención de reforzar la credibilidad entre las partes. Bajo esa lógica, la buena fe como principio rector debe ser el espíritu que informe cualquier interpretación o acción que se desprenda del texto mismo de la Declaración.

El tema de la participación y consulta es de tal importancia y magnitud, que se ve reflejado en lo referido al desarrollo económico, las tradiciones y costumbres, la adjudicación de derechos territoriales, el despliegue de actividades militares y extractivas, los contactos a través de fronteras internacionales, la implementación de la Declaración y la contribución de la Organización de las Naciones Unidas a la plena realización de la Declaración. El tema de la participación es abordado en los artículos 23, 27, 30, 32, 36, 38, 41; mientras que el tema de la Consulta se aborda conjuntamente con el de la participación en los artículos 30, 32, 36 y 38.

Régimen Económico:

Protección de Medios de Subsistencia y Desarrollo

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Protección de Desvalidos**Artículo 22**

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Comentario→ Los Pueblos Indígenas tienen el derecho no sólo de mantener sus propios sistemas e instituciones, sino también de desarrollarlos; esto quiere decir que tienen derecho a hacer que los sistemas e instituciones, ya existentes, mejoren o que evolucionen de acuerdo a las

necesidades del presente y si fuera necesario tienen derecho a crear nuevos sistemas e instituciones. Bajo este artículo, el estado debe asegurar a los pueblos indígenas sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y la libertad para que estos puedan dedicarse a sus actividades económicas tradicionales.

La presente disposición es de vital importancia, pues bajo este presupuesto la mayoría de pueblos indígenas pueden rechazar con justicia cualquier tipo de actividades extractivas, por no ser o haber sido actividades tradicionales. Los derechos contenidos en el artículo 21 y 22 están referidos a: el derecho a mejorar y el derecho a la protección. En cuanto al mejoramiento de las condiciones económicas y sociales, se tiene que éste obedece a la progresividad de los derechos humanos. La progresividad como mecanismo rector, en materia de derechos humanos, obliga a los estados a mejorar cada día y por ninguna razón, los estados pueden concebir medidas o acciones retrogradas; es decir, el estado no puede retroceder en función a lo ya avanzado en materia de derechos fundamentales, pues lo que ya se progresó tiene la autoridad de derecho adquirido. Un ejemplo concreto lo constituye la pena de muerte. Los estados que ya la hayan abolido o proscrito de sus legislaciones nacionales, por ninguna razón pueden volver a instaurarla, cualquier medida para tratar de implementarla nuevamente es retrograda, nula de puro derecho. El inciso 2 del presente artículo, refuerza la protección en función a la jerarquía y grado de vulnerabilidad del sector más sensible de toda comunidad: al empezar con los ancianos rescata el vínculo de todo pueblo con su pasado y a través de la madre, joven y niño lo enlaza con el presente y futuro; sin descuidar a aquellos que por alguna razón están incapacitados de valerse por si mismos. Los ancianos para los pueblos indígenas constituyen los celadores de un pasado histórico, son un potencial de sabiduría y ministerios de cultura y tradición. En la República Bolivariana de Venezuela por ejemplo, una iniciativa legislativa muy bien acogida por todo el país, es haber creado la institución de patrimonio cultural vivo, para salvaguardar la historia y tradición de los pueblos en la persona de ancianos sabios y portadores de cultura y tradición; en Bolivia, el consejo de ancianos sabios es una institución que impide a las futuras generaciones negar u olvidarse del pasado. El Consejo de Amautas, es una institución de mucho poder político y sobre todo espiritual.

Por otro lado, la obligación del estado de adoptar medidas eficaces y especiales, no se concibe sin la participación directa de los pueblos interesados; es decir, implica necesariamente unificar criterios y articular instituciones jurídicas como la consulta previa, la participación y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos hacia quienes se dirigen dichas medidas.

Cabe señalar, que no existe alguien mejor que el propio discriminado para saber e indicar a ciencia cierta cuales son los tipos y modalidades de discriminación de las que son objeto. Nadie mejor que el propio discriminado para sugerir soluciones, cooperar con estrategias y/o medidas eficaces para contrarrestar ese absurdo social, tan arraigado en contra de los pueblos indígenas.

* *Nota adicional.*- Si se presta especial atención a la segunda oración del inciso 2 del artículo 21, veremos que es una repetición literal del inciso 1 del artículo 22, con la excepción de que a este último se le ha agregado la frase: *en la aplicación de la presente Declaración*. Es evidente que el inciso 2 del artículo 22 es más específico al reconocer literalmente la **participación** de los pueblos indígenas y al hablar de protección y garantías para las mujeres y los niños, cuando se trate de violencia y discriminación, mientras que el artículo 21 esta referido a una protección genérica en función a derechos y necesidades. En este sentido el aparente *lapsus clavis* que originó la duplicidad no altera sino más bien refuerza el verdadero sentido de la norma.

Desarrollo Económico

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Comentario→ Para que pueda materializarse adecuadamente el derecho al desarrollo que tienen los pueblos indígenas, se necesita del ejercicio anterior de dos derechos que, para este caso específico, tienen la categoría de derechos previos: Primero, el derecho a **determinar** prioridades, es decir, decidir que cosa es lo más urgente, cuales son las necesidades más apremiantes; y segundo, el derecho a **elaborar** estrategias, es decir crear proyectos, planes para hacer posible el desarrollo del pueblo o comunidad. En la fase de elaboración de estas estrategias o programas se hace necesario el ejercicio de otro derecho que es el derecho a la **participación** y ya en la fase final que es la conducción y/o realización del programa, cuando las circunstancias así lo ameriten, los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones, tienen derecho a **administrar** estos programas. En la medida que el derecho al desarrollo se concibe como un derecho colectivo de los

pueblos indígenas, urge tomar conciencia de la importancia de la **organización** y el fortalecimiento de las **instituciones** indígenas, así como el adecuado ejercicio del derecho a la **participación**. Una nación o pueblo indígena que actúa (consciente de su derecho a participar) a través de sus instituciones ancestrales debidamente organizadas, tiene garantizada su influencia en el gobierno (en la toma de decisiones políticas y administrativas), en consecuencia, tiene garantizado su derecho al desarrollo y cuando ello no fuera posible, por lo menos habrá garantizado su derecho a no ser objeto de abuso, arbitrariedades y violaciones de sus derechos humanos por parte del gobierno.

Seguridad Social y Salud Indígena

Artículo 24

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.**

- 2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.**

Comentario→ A manera de referencia podemos empezar diciendo que, el tema de la salud es bastante controvertido debido a la gran influencia de la industria farmacéutica a nivel mundial. Si se parte de la verdad axiomática de que pocas son las enfermedades que se pueden curar (ya que la mayoría de ellas sólo se tratan) tenemos que la medicina preventiva es el mejor remedio para cualquier tipo de enfermedad antes que esta se insinúe como tal. Desde la perspectiva indígena, el tema de la salud está íntimamente ligado al tema del medio ambiente. Una buena salud es inconcebible en un medio ambiente contaminado. Sin embargo, la modernidad y el avance de la industria farmacéutica, apuntan cada vez más a la búsqueda de la “píldora mágica”. No importa cuanto maltratemos a la naturaleza y el medio ambiente, no importa cuanto abusemos de nuestro cuerpo, cuanto lo sometamos a un régimen de presión, no sólo física sino también mental, (ocasionando lo que ha terminado por llamarse estrés, muy común en sociedades modernas), no

importa cuanta comida chatarra podamos engullir, si al final del día podemos contar con la “pastillita dorada” que habrá de solucionar todos nuestros problemas.

Desde la perspectiva del sistema imperante, el tema de la salud preventiva no es un buen negocio, como si lo es la salud curativa promovida e impulsada y por los seguros médicos, los sistemas privados de salud y la industria farmacéutica a nivel mundial.

A manera de anécdota, recuerdo haber asistido a una conferencia en la ciudad de San Francisco-USA, en la que se encontraba como invitado especial un hermano Ashaninka de nombre Mino. Él deleitaba a los presentes con las historias a cerca de su pueblo y sus costumbres. Aprovechando la rueda de preguntas, por parte de sus interlocutores, uno de los representantes del gobierno peruano (de contextura no delgada, *gordo de tanta democracia*) preguntó si existía en la selva alguna hierba para bajar de peso, a lo que Mino con peculiar desenfado y la sinceridad característica y propia del indio respondió: “Lo único que tiene que hacer, es comer menos grasa y hacer más ejercicio”. Desde esta perspectiva el problema de la salud resulta simple, buena alimentación, ejercicio y un ambiente saludable, no sólo para el cuerpo sino también para la mente y el alma.

En lo que se refiere al artículo 24 cabe mencionar que, se expone como derecho principal, el derecho a disfrutar del nivel más alto de salud. El derecho a la salud física y mental es un derecho que tiene como contrapartida la responsabilidad del estado. Esta responsabilidad debe materializarse a través de medidas que deben ir mejorándose progresivamente. Como ya se ha señalado, la progresividad de los derechos demanda al estado la obligación de no retroceder o ir en contra de lo que ya se ha conseguido o adquirido como derecho. En tal sentido muchas de las leyes promulgadas por los gobiernos latinoamericanos, en materia de actividades extractivas, atentan contra la salud de los pueblos y en especial de los pueblos indígenas, por lo tanto constituyen una violación flagrante de este derecho y no guardan relación con el principio de progresividad de los derechos humanos.

El inciso 1 del artículo bajo interpretación, reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a sus medicinas tradicionales y a sus prácticas de salud, cuando el estado no pueda proporcionarla o no lo haga de manera adecuada. En otras palabras, este derecho se activa cuando el estado incumple su obligación de proporcionar salud. Y más aún, el estado está en la obligación de

ofrecer, de manera supletoria, el derecho a acceder, sin discriminación, a todos los servicios sociales y de salud que él presta.

Finalmente cabe mencionar que, muchos pueblos indígenas, especialmente los de la región andina, de las naciones kechua y Aymará, esperan fervientemente que a través del artículo 24 se de solución al problema de la “Coca Mama”, ya que su cultivo y uso tradicional es de vital importancia no sólo para la medicina ancestral, sino también para la espiritualidad, misticismo e identidad de los pueblos andinos. La utilización de la hoja sagrada por el narcotráfico internacional, es un problema de decisiones y políticas internacionales, y no de pueblos milenarios que ven en ella lo mismo que otras religiones ven en la eucaristía o la ostia sagrada. Una adecuada y honesta lucha en contra del narcotráfico, debe prohibir las poses políticas y por el contrario orientarse al levantamiento de los secretos bancarios en los paraísos caribeños y los bancos suizos. Un golpe al poder económico del narcotráfico, tendría mucho más coherencia que matar o inutilizar la tierra por más de 40 ó 50 años, como se viene haciendo con el Plan Colombia. A decir de los mismos narcotraficantes, el verdadero problema no es donde esconder la droga, sino donde esconder los millones que este ilícito negocio provee. En este sentido Naciones Unidas tiene la ultima palabra, pues seguir criminalizando a la hoja de coca, es violar rotundamente el derecho a que hace referencia el artículo 24 de la Declaración, es negar la espiritualidad e identidad de pueblos que aguardan por reconocimiento, respeto y dignidad.

Espiritualidad, Tierra, Territorio y Recursos

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra

forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Comentario→ La familia de derechos contenidos en los artículos 25, 26 y 27 de la Declaración, es de carácter fundamental en lo que a pueblos indígenas concierne. Estos derechos están referidos a la espiritualidad, territorios, tierras y recursos; al sistema de su tenencia, administración y control; así como de su reconocimiento y adjudicación por parte del estado.

Por graficarlo de algún modo tenemos que, el concepto de **territorio** es mucho más amplio que el concepto de **tierra** al que hace referencia la Declaración. Desde la perspectiva de la Declaración (como ya se analizó anteriormente) tierra significa aquella parte del territorio, sobre la que se practican actividades ancestrales, básicamente económicas, como la agricultura y la ganadería; es aquella parte del territorio que provee sustento y a la que se respeta y protege. En este sentido el territorio abarca a la tierra, a sus recursos y a toda la historia, identidad y espiritualidad que ella pueda contener. Sin embargo, amerita traer a colación que éste también puede ser no sólo tierra firme sino también mares, ríos o lagos, como ya se explicara anteriormente.

Este grupo de derechos se inicia haciendo alusión específica a esa parte abstracta, no material, de la integridad de un pueblo. El vínculo espiritual de un pueblo con su tierra y territorio, es el que le da su condición de existencia como tal y lo hace trascender a través de su identidad, sus

costumbres ancestrales y expresiones culturales. Tierra, recursos y pobladores, sin esa conexión espiritual entre ellos, no son nada más que eso, simples componentes individualmente considerados; elementos intrascendentes, vacíos, advenedizos, mercenarios.

Otro aspecto importante de este paquete de derechos es el concerniente a las formas de tenencia de la tierra, territorios y recursos. La Declaración hace referencia de manera indistinta a: “posesión tradicional”, “propiedad tradicional”, “forma tradicional de ocupación”, como formas que sin ser o sujetarse estrictamente a la legalidad del sistema imperante, cumplen la función para las que fueron concebidas: asegurar el derecho real (oponible a terceros) de los pueblos que habitan en un determinado territorio. En tal sentido y para descartar cualquier duda sobre el ejercicio del derecho *a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos*,- con sujeción a sus costumbres, instituciones y formas ancestrales- la ultima parte del inciso 2 del artículo 26 estipula “...así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”. Esa “otra forma” por interpretación extensiva, analítica y sistemática, se refiere a formas que no sean tradicionales, es decir se refiere a formas legales que pueden ser perfectas o imperfectas.

Un aspecto digno de mención en este acápite es el compromiso de los pueblos indígenas para con generaciones futuras. Bajo la cosmovisión indígena siempre ha existido dicho compromiso, tal es así que ninguna decisión puede ser tomada sin antes considerar lo que ocurrirá con siete generaciones futuras. En este aspecto, la relación dual indio-territorio impide tener una visión inmediatista del presente. Los Mayas, son un perfecto ejemplo de esa visión trascendental de la vida, es por ello que idearon un calendario cuyo ciclo completo comprendía cien períodos calendarios de los que utilizamos actualmente.

Por otro lado la obligación del estado de asegurar el **reconocimiento y la protección jurídica** de los territorios, tierras y recursos, pasa necesariamente por el respeto a las costumbres, tradiciones y sistemas ancestrales, para desembocar en su adecuada **adjudicación**, como una consecuencia natural del proceso de reconocimiento y protección. Es decir, que debe haber una conjugación armónica del derecho oficial y el derecho consuetudinario para perfeccionar jurídicamente los derechos ya existentes.

Dicho de otro modo, los derechos ancestrales no necesitan ni necesitaron nunca de la ley para ser ejercidos. Estos derechos existen desde tiempos inmemorables en los territorios indígenas, antes

siquiera que el estado y el derecho fueran concebidos como tales; en tal virtud y razón, si el estado y la ley (creaciones modernas) pretenden hacer un reconocimiento y brindar una protección jurídica que tengan como fin último la “**adjudicación legal**”, esto debe hacerse con sujeción y respeto de las formas tradicionales e instituciones ya existentes, las mismas que fueron creadas y practicadas inmemorablemente por los ancestros de los actuales titulares del derecho.

Finalmente, el derecho a la participación de los pueblos indígenas, es un derecho de obvia concurrencia en todo proceso que pretenda decidir sobre sus destinos; pues de acuerdo al espíritu que informa a la Declaración, ninguna decisión que afecte los derechos de los pueblos indígenas puede ser tomada sin consulta, participación y consentimiento libre, previo e informado de los verdaderos interesados, o los que podrían resultar afectados por las consecuencias de esa decisión.

Reparación: Restitución o Indemnización

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Comentario→ Del texto de este artículo se desprende que, el derecho a la **reparación** sólo es posible si el daño se ha producido sin el **consentimiento** del pueblo afectado. Este consentimiento debe reunir ciertos requisitos: debe ser **libre**, previo e **informado**. Es decir que si un pueblo “consintió” una decisión -que generó daño en sus territorios y recursos- porque no tuvo otra opción o alternativa, ese consentimiento es nulo de puro derecho, pues no fue un consentimiento libre. Del mismo modo, si un pueblo “consiente” una decisión que no ha sido debidamente publicitada entre su población o no le ha sido adecuadamente informada, es decir se ocultó información o se falsearon algunos datos o no se hizo en su propio idioma, de modo que pueda ser

adecuadamente comprendida, ese consentimiento deviene en nulo y por lo tanto es pasible de ser **reparado**.

La **reparación** puede consistir en **restitución**, cuando es posible devolver el bien o cuando se puede regresar a la misma situación (o al mismo estado de cosas) que existió antes de la violación del derecho o de que se produjera el perjuicio. O cuando ello sea materialmente imposible la reparación puede consistir en una **indemnización**, la misma que debe cumplir con los requisitos de ser justa, imparcial y equitativa; y puede consistir, pero no se limita, a las formas establecidas en el inciso 2 del artículo 28.

A manera de ejemplo, cabe señalar que muchas de las indemnizaciones en materia de violación de derechos humanos, han induido cuestiones simbólicas, como la construcción de plazas públicas en honor a las victimas, la construcción de escuelas u hospitales en los territorios que han sido afectados, un monumento, etc. En tal sentido, la última parte del inciso 2 del artículo en referencia: “... *u otra reparación adecuada*”, es más que oportuna, pues muchas veces el aspecto patrimonial-económico, no repara el honor, los valores y sentimientos que hayan podido ser mancillados.

Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Comentario→ Este es un derecho que entraña una tremenda responsabilidad por parte de los pueblos indígenas y del estado, a quien la Declaración le asigna el compromiso y la responsabilidad de establecer y ejecutar programas de asistencia para que los pueblos puedan cumplir con su misión de conservar y proteger el medio ambiente, así como la capacidad productiva de sus tierras. Lamentablemente y dado el avance avasallador del sistema político-económico globoneoliberal, los estados lejos de establecer programas de asistencia a los pueblos, para que puedan cumplir con su responsabilidad, hace todo lo contrario. Es decir, no contribuyen a la protección del medio ambiente, sino que han optado por favorecer actividades extractivas, vía legislación y políticas de contaminación, destrucción y muerte, en aras de un progreso económico que nada tiene que ver con el bienestar genuino de los pueblos.

Por otro lado, el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en territorios indígenas, tienen como única garantía el consentimiento libre, previo e informado y las medidas eficaces que pueda desarrollar el gobierno para garantizar ese consentimiento. En tal sentido, la cooperación de ambos actores: estado y pueblos indígenas, es un requerimiento implícito que surge de la interpretación extensiva y sistemática de esta norma. De no existir la participación de los pueblos indígenas, en la elaboración de las “medidas eficaces” para asegurar esta garantía, el estado actuando como juez y parte puede incurrir en arbitrariedades de dolorosas consecuencias. En ese sentido, el inciso 3 del artículo 29 es bastante claro al referirse a que los programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud serán elaborados y ejecutados por los pueblos que hayan sido afectados.

Actividades Militares

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Comentario→ Las actividades militares en las tierras o territorios indígenas están prohibidas y sólo se justifican por 3 motivos: interés público, acuerdo libre entre gobierno y pueblos indígenas interesados y a solicitud de los pueblos indígenas. Sin embargo, cabe señalar que estos tres supuestos tienen un filtro, que los pueblos indígenas pueden utilizar para hacer valer un derecho y que cobra forma de protección vía una restricción. Es decir, se va a proteger a los pueblos indígenas prohibiendo al gobierno actividades militares en sus territorios. Pero frente a la posibilidad de que esto fuera estrictamente necesario, la institución de la **consulta** se erige como otro poderoso filtro; la consulta debe ejecutarse vía procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. En otras palabras estas consultas deben efectuarse respetando los mecanismos y las instituciones tradicionales de los pueblos indígenas. Un proceso de consulta en manos de instituciones representativas, adecuadamente organizadas y con procedimientos claros y apropiados, es una garantía no sólo de transparencia sino también de poder influir en las decisiones del gobierno.

Derechos de Propiedad Intelectual

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Comentario→ El artículo 31 estipula el derecho de los pueblos indígenas a manifestar sus expresiones culturales tradicionales y a la vez introduce una novedosa figura que es la propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales. La propiedad

intelectual sobre su **patrimonio cultural**, incluye pero no se limita a: sus recursos humanos y genéticos, sus semillas, sus tradiciones orales, literaturas, diseños, deportes, juegos tradicionales y sus artes visuales e interpretativas. La propiedad intelectual sobre sus **conocimientos tradicionales**, incluye pero no se limitan a: sus ciencias, tecnologías, medicinas y conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora. Un aspecto importante que resaltar en este acápite, es la propiedad intelectual sobre los nombres tradicionales indígenas, que vienen siendo usados con bastante éxito por algunas corporaciones económicas, sin ningún tipo de respeto, ni retribución hacia los pueblos de los cuales han tomado o copiado estos nombres; como ejemplo tenemos: Coca cola, Yanacocha, Kechua, New Ayllu, Machu Pichu, Tumi, sólo por citar algunos.

La propiedad intelectual puede constituir un derecho de bastante utilidad para mantener, proteger, controlar y desarrollar el patrimonio cultural, los conocimientos y los nombres indígenas tradicionales; pero si no es utilizado adecuadamente por los pueblos indígenas, es un arma de doble filo y podría constituir una puerta abierta para el despojo y saqueo de los mismos. El inciso 2 del presente artículo, constituye una norma bastante acertada y oportuna al estipular la obligación de los estados de establecer medidas eficaces, claro está, con participación de los pueblos indígenas, para reconocer y proteger la propiedad intelectual, sobre los derechos a que se refiere el inciso 1 del artículo en mención.

Como ejemplo podemos citar que, si hubiera este tipo de reconocimiento y protección, el uso, a nivel mundial, de las imágenes del Santuario de Machu Pichu, por parte de corporaciones no indígenas, no sería tan indiscriminado o simplemente estos comerciantes se verían obligados a retribuir parte de sus ganancias en beneficio de las comunidades, que ancestralmente utilizaron este santuario como centro de sus ceremonias espirituales. Para materializar estos derechos es importante la **organización** de la comunidad indígena, una adecuada **representación** y **participación** en el proceso de establecimiento de las **medidas eficaces**, pero por sobre todo un apropiado **conocimiento** de sus derechos ancestrales y de los mecanismos para poder ejercerlos y defenderlos a nivel internacional. En este sentido la **educación** para la forja de **nuevos líderes** indígenas, es una cuestión urgente de la cual depende la supervivencia de un pueblo o nación. A manera de reflexión final podemos concluir diciendo que el patrimonio de un pueblo o nación indígena abarca la parte material y espiritual, esto es sus tierras, territorios, recursos, conocimientos, sabiduría y espiritualidad. Urge pues, que los pueblos indígenas, debidamente organizados, insten a los gobiernos de los estados a reconocer y proteger este patrimonio sobre el

cual tienen no sólo derechos ancestrales, sino también compromisos impostergables no sólo para con sus comunidades sino también para con toda la humanidad.

Actividades Extractivas

Artículo 32

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.**
- 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.**
- 3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.**

Comentario→ El presente artículo esta vinculado estrechamente con el artículo 23 en la medida que se refiere a los derechos de: determinar prioridades y elaborar estrategias para el desarrollo. Como ya lo habíamos manifestado anteriormente (durante el análisis del artículo 23), para que pueda materializarse adecuadamente el derecho al desarrollo que tienen los pueblos indígenas, se necesita del ejercicio previo de dos derechos: Primero, el derecho a **determinar** prioridades, es decir, decidir que cosa es lo más urgente, cuales son las necesidades más apremiantes de la comunidad, pueblo o nación indígena; y segundo, el derecho a **elaborar** estrategias, es decir crear proyectos, planes para hacer posible el desarrollo del pueblo o comunidad. A diferencia del artículo 23, este artículo introduce un aspecto específico, que es el derecho a determinar prioridades y elaborar estrategias con respecto, no sólo al desarrollo sino también a la utilización de tierras, territorios y recursos.

La naturaleza de los derechos a que se refiere el artículo 32, hace imprescindible el concurso de otros derechos, como el derecho a ser **consultado previamente** y el derecho a **participar** a través de instituciones representativas, (el texto de la Declaración hace referencia a este derecho, de manera implícita, al hablar de cooperación de buena fe entre estado y pueblos indígenas).

Aparentemente, la **consulta** y la **participación**, tienen como fin último lograr el **consentimiento**, el que, como ya se analizó anteriormente, debe ser libre, previo e informado para no ser considerado nulo; sin embargo, cabe señalar que no todo proceso de consulta y participación para lograr el consentimiento de los pueblos esta condenado a lograr dicho consentimiento; es decir que, los pueblos pueden perfectamente no aceptar la propuesta del gobierno o rechazar de plano las actividades extractivas dentro de sus territorios, en virtud de su **derecho a determinar sus prioridades**, que no es otra cosa más que la versión específica del derecho a la libre determinación de los pueblos.

La Declaración en el inciso 3 del su artículo 32, es consciente de la posibilidad de daños como resultado de las actividades extractivas, por lo que exige a los estados establecer medidas eficaces para una **reparación** justa y equitativa, y medidas adecuadas para atenuar las consecuencias dañinas causadas al ambiente, la economía, la sociedad, la cultura y la espiritualidad de los pueblos. Para mejor ilustrar la institución jurídica de la reparación, es oportuno hacer referencia a la concordancia existente con el artículo 28 de la Dedaración y al comentario efectuado en su segundo párrafo que a la letra dice:

"La **reparación** puede consistir en **restitución**, cuando es posible devolver el bien o cuando se puede regresar a la misma situación (o al mismo estado de cosas) que existió antes de la violación del derecho o de que se produjera el perjuicio. O cuando ello sea materialmente imposible la reparación puede consistir en una **indemnización**, la misma que debe cumplir con los requisitos de ser justa, imparcial y equitativa; y puede consistir, pero no se limita, a las formas establecidas en el inciso 2 del artículo 28"

En tal sentido, afirmar que el consentimiento libre, previo e informado, no contempla la denegatoria, es decir que no acepta un "NO" por respuesta, es totalmente falso, es un absurdo interpretativo, totalmente ajeno al espíritu de la Dedaración.

Identidad y Pertenencia como Derecho Colectivo

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia

conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Comentario→ El presente artículo nuevamente somete a nuestro análisis el **derecho de determinar**, que no es otra cosa más que el derecho a decidir. Decidir, esta vez de forma grupal o colectiva, la propia identidad o la pertenencia a una determinada comunidad, pueblo o nación. La identidad a la que alude el presente artículo, no es aquella que posee la persona indígena individualmente considerada, sino más bien es esa identidad que sugiere un fenómeno colectivo cultural. En tal sentido, el concepto de identidad para efectos de la Declaración, esta estrechamente asociado al de pertenencia en la medida que la **Identidad**, entendida como fenómeno cultural ergo colectivo, es el conjunto de valores, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento que funcionan como elemento de cohesión, dentro de la comunidad o grupo social y que por lo tanto sirven como sustrato para que los individuos que la integran, puedan fundamentar su sentimiento de **pertenencia**.

El derecho a decidir, como pueblo, la propia identidad o pertenencia se sustenta a su vez en dos principios de naturaleza fundamental en materia indígena: el principio de autodeterminación y el principio de autoidentificación de los pueblos. Esta decisión es libre de cualquier injerencia gubernamental y no tiene mayores impedimentos que aquellos exigidos por las costumbres y tradiciones de la comunidad respectiva. En algunas realidades sin embargo, es el gobierno el que establece requerimientos de carácter administrativo, para hacer de la **pertenencia** un asunto legal o procedural, pero estos son única y exclusivamente para legitimar algún tipo de reconocimiento o compensación por parte de los programas gubernamentales, tal como se apreció en la sección referida a *The Dawess Rolls*. En otras palabras, la opinión del estado con respecto a la identidad o pertenencia de los pueblos indígenas es completamente irrelevante, al menos que el estado necesite identificar a los miembros de una comunidad o nación, que serán los beneficiarios de alguna reparación por concepto de daños ocasionados, de alguna deuda moral o histórica. Y ello es una realidad constante en países como Canadá, Estados Unidos de

Norteamérica, Australia, por citar sólo algunos. La protección de la Declaración, va mucho más allá del concepto de identidad y pertenencia a una determinada comunidad o nación indígena. Dejar abierta la posibilidad de ejercer la nacionalidad o ciudadanía del estado al que pertenece dicho pueblo, es sin duda un derecho que puede ser ejercido o no según convenga, y que en todo caso tendrá que esperar la evolución del derecho internacional, específicamente en lo que respecta a migraciones, para tener una idea clara de lo que podría ocurrir más adelante con el ejercicio o no de este derecho. Por ahora, aquellos pueblos indígenas que no asumen la ciudadanía del estado dentro del cual se encuentra su territorio, tienen verdaderos problemas para desplazarse a través de fronteras internacionales o ser reconocidos internacionalmente.

El derecho a decidir o determinar libremente, también abarca a sus estructuras e instituciones, con la única limitante de que ello debe ocurrir de acuerdo a sus propios procedimientos.

Régimen de Protección: Organización Político-Jurídica

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Comentario→ El régimen de protección estatuido por el artículo 34 es sumamente claro, la promoción, el desarrollo y el mantenimiento, se orientan a la preservación y amparo de la espiritualidad indígena, de su institucionalidad, de su sistema de derecho consuetudinario; pero, siempre y cuando estos no vulneren los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

Resolución de Conflictos Internos

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Comentario→ La interpretación del artículo 35 representa un verdadero desafío. Desde la perspectiva del estado, el análisis de la norma requiere de una aclaración previa. La palabra “determinar”, no debe ser entendida como sinónimo de “decidir”, tal como ocurre en los artículos 23, 32 y 33 de la Declaración. El derecho a determinar responsabilidades, no necesariamente implica decidir o resolver más allá de la determinación de la responsabilidad del individuo. La facultad resolutiva es potestad jurisdiccional y sólo puede ser asumida y ejercida por el estado, a través de sus representantes e instituciones jurisdiccionales competentes. La determinación de la responsabilidad, para el presente artículo, y siempre desde la perspectiva del estado, significa el juzgamiento parcial; es decir, se determina la responsabilidad, pero como la comunidad y sus instituciones no representan organismo jurisdiccional alguno, no pueden administrar una justicia real. En otras palabras, se les da la potestad de determinar responsabilidad, pero se le quita la facultad de sancionar o imponer una pena; o sea se reconoce que los pueblos indígenas tienen mecanismos para la resolución de conflictos y que pueden determinar responsabilidad, pero no tienen la potestad del *jus puniendi*.

Antes de exponer la perspectiva indígena del derecho contenido en el artículo 35, es sumamente importante diferenciar entre el **derecho a determinar responsabilidad** (artículo 35) y el tener **derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias** (artículo 40), la coincidencia es que ambos derechos se circunscriben al interno de la comunidad y la divergencia esta en que el primero se refiere a atentados, delitos y/o faltas, mientras que el segundo esta referido a cuestiones civiles y/o privadas.

La interpretación y análisis del artículo 35, desde la perspectiva indígena, pasa necesariamente por recurrir a ciertos lineamientos jurídicos que constituyen el verdadero espíritu de la Declaración. El texto mismo de la Declaración es sumamente claro y específico: “determinar las responsabilidades de los individuos **para con sus comunidades**” De una interpretación literal se infiere que es el individuo frente a su comunidad y no frente al estado. Al igual que ocurre con el arbitraje y la conciliación, es el individuo quien de manera voluntaria decide someterse a un proceso alternativo para la resolución de su conflicto. En el caso del artículo 35, y en virtud de lo estipulado en el artículo 33 y en atención a los principios de autodeterminación y auto-identificación, es el individuo quien se somete a la pertenencia y por lo tanto a la autoridad de su comunidad, pueblo o nación.

Por otro lado se tiene que los estados a través de la declaración: reconocen a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, la autonomía y el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4); reconocen el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas (artículo 5); reconocen el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar, mantener sus estructuras institucionales, sus procedimientos, prácticas, costumbres y sistemas jurídicos (artículo 34); reconocen que sus decisiones, frente a alguna controversia con los pueblos indígenas, tendrán debidamente en consideración las costumbres, tradiciones, normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados (artículo 40). El único límite planteado a esta facultad jurisdiccional consuetudinaria o extralegal, es la que emana de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Es decir que, los pueblos indígenas están facultados para administrar su propia justicia, no sólo resolviendo controversias en materia civil, sino también determinar responsabilidades en materia penal (criminal); los únicos parámetros son: jurisdicción y competencia al interno de la comunidad y el respeto a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales referidos a la materia.

Bajo el presupuesto jurídico del artículo 35, es perfectamente viable declarar la responsabilidad de autoridades políticas y administrativas frente a la comunidad, aunque esto representaría un conflicto de derechos, pues la autoridad en cuestión escapa a la jurisdicción interna o al ámbito local de la comunidad; sin embargo, y pese a que esta declaración de responsabilidad no tendría un efecto vinculante, significaría un precedente, que con la ayuda internacional podría materializarse en algún tipo de sanción moral para el ofensor. Por ejemplo, en lo que se refiere a actividades extractivas y contaminación ambiental, las responsabilidades y/o delitos ecológicos ambientales no sólo deben ser consideradas una agresión en contra de la comunidad, pueblo, nación indígena o estado donde esta ocurre, sino que esta debe considerarse como una agresión en contra de toda la humanidad y por lo tanto, las responsabilidades deben ser establecidas, a la espera de que algún día no muy lejano la comunidad internacional acuerde instituir tantos *juicios de Núremberg*⁴⁵ como sean necesarios, para sancionar a los responsables.

⁴⁵ Los **Juicios de Núremberg** o, también, **Procesos de Núremberg** fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del III Reich Alemán a partir del 1 de septiembre de 1939.

Contactos y Cooperación a través de Fronteras

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Comentario→ El ejercicio de este derecho involucra no sólo a los pueblos indígenas que han sido separados por fronteras internacionales, sino también a los estados a quienes corresponden esas fronteras. Son ellos los que deben establecer las condiciones adecuadas de transito e interacción, para que los miembros de las comunidades afectadas puedan seguir manteniendo sus vínculos, desarrollando lo que el Presidente Boliviano Evo Morales ha tenido a bien denominar la diplomacia de los pueblos.

Este es un derecho más que humano y es el derecho a no ser desarraigado, a mantener la unidad e integridad de la comunidad o nación, a reunificar los lazos familiares ancestrales y a seguir tejiendo la trama de la vida, a través de nuevos vínculos de amistad, de fraternidad y de parentesco espiritual, consanguíneo y colateral a través de uniones conyugales y políticas.

Por otro lado se encuentran las relaciones económico-comerciales que puedan surgir de estos vínculos o interacciones a través de las fronteras, para lo cual los estados deben implementar tratados o mejorar los ya existentes, con la única finalidad de no vulnerar a los pueblos en el ejercicio de los derechos contenidos en el presente artículo.

El inciso 2 del artículo sub materia, nuevamente hace referencia a las *constantes* de consulta, cooperación y medidas eficaces, - que ya han sido abordados en el análisis de artículos anteriores- como requisitos previos para la materialización y adecuado ejercicio del derecho de mantener y desarrollar contactos a través de fronteras.

Vigencia de Tratados, Acuerdos y Arreglos

Artículo 37

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.**

- 2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.**

Comentario→ El espíritu que informa el presente artículo es el principio de la buena fe. El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, la observación y la aplicación de los tratados, acuerdos y arreglos, constituyen una obligación para los estados, pero una obligación que sólo debe ser asumida cuando éstos (tratados, acuerdos y arreglos) sean constructivos y favorezcan a los pueblos indígenas. Bajo esta norma y en interpretación contraria se desprende que los arreglos, acuerdos y tratados que son lesivos o vulneran los derechos de los pueblos indígenas y por lo tanto no constituyen acuerdos constructivos no deben ser reconocidos ni observados mucho peor aplicados.

La obligación contenida en este artículo, alcanza no sólo a los gobiernos que los firmaron, sino también a los que los sucedieron en el mando, en virtud del principio de ultractividad de la ley, que se aplica extensivamente al acuerdo de voluntades que es ley entre las partes. La razón de la norma contenida en el artículo 37, es bastante oportuna y coherente desde que existieron, y aún a la fecha existen, acuerdos o tratados lesivos que fueron firmados entre las coranas o estados y los pueblos indígenas, y que hoy en día pretenden recobrar vigencia o traerse a colación con la única finalidad de perpetuar la ventaja de los gobiernos o hacer caso omiso a las reivindicaciones, por las violaciones a los derechos humanos, o eludir la reparación de las deudas históricas con los pueblos que tradicionalmente han sufrido bajo el yugo de convenios perjudiciales.

En virtud del principio de ultractividad, el artículo 37 puede ser aplicado a los nuevos convenios y tratados firmados entre pueblos indígenas y representantes del estado. En virtud de este artículo, cualquier beneficio o acuerdo constructivo entre un representante del estado y los pueblos indígenas, no puede ser desconocido por su sucesor. Al contrario, el sucesor tiene la obligación de reconocer, observar y aplicar el tratado, convenio o acuerdo constructivo. Lo ante dicho es un claro ejemplo de que nada de lo contenido en la Declaración puede ser interpretado en sentido negativo para los pueblos indígenas. En el peor de los casos, debe primar el principio de *bona fides* y el de *indubio pro indígena*, es decir que cuando haya duda respecto a la interpretación de una norma debe primar el principio de buena fe y el principio de que la duda favorece a la persona o pueblo indígena. A este respecto es pertinente traer a colación lo estipulado por el artículo 45 de la Declaración: “**Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro**”.

Implementación de la Declaración

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Comentario→El análisis del presente artículo hace necesaria la clarificación de algunos términos para una mejor comprensión. El término “**adoptarán**” implica la responsabilidad directa del estado, la misma que no sólo se circunscribe a la implementación de las “**medidas apropiadas**”, sino que también se hace extensiva a la responsabilidad de efectuar la **consulta** y lograr la **cooperación o participación** de los pueblos indígenas, en la formulación de las “medidas apropiadas”. El término “medidas apropiadas”, tal como se expone y fluye en el texto del artículo, esta referido fundamentalmente a cualquier otra medida no legislativa, aunque las medidas legislativas también están comprendidas dentro de esta categoría. En otras palabras, para lograr los fines de la Declaración cualquier tipo de medida legislativa o no legislativa es valida. Pero, cuando se trate de medidas no legislativas, las que tendrán mucho más valor y preferencia, serán aquellas que emanan de instituciones y/o estructuras tradicionales ancestrales obedientes y respetuosas de sus propios mecanismos.

Asistencia Técnica y Financiera

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Comentario→ Es importante resaltar que el término “**asistencia**” implica una condición de no hacer directamente sino de colaborar o ayudar a hacer. En este sentido, los pueblos indígenas en virtud de su autodeterminación, autonomía e independencia, determinan sus prioridades y son gestores de su propio desarrollo; para ello tienen el derecho de ser ayudados y asistidos, no sólo económicamente sino también, con conocimientos y sabidurías ajenos a su realidad inmediata, como la ciencia moderna y la tecnología. Esta asistencia no sólo debe provenir del gobierno o del estado donde se encuentra la comunidad, sino también de otros estados y gobiernos y se debe canalizar a través de la cooperación internacional. En tal sentido, es muy importante que los estados capaciten a los pueblos indígenas y difundan información respecto de cuales son los organismos internacionales que prestan apoyo, y cuales son las áreas o programas de interés para estas agencias de cooperación. A manera de conclusión, cabe señalar que el objetivo último de la asistencia, a que se refiere el artículo bajo análisis, no es sólo el ejercicio de los derechos enunciados en la Declaración, sino que, es el **disfrute** de esos derechos y disfrute significa ejercer, pero de la mejor manera posible esos derechos.

Resolución de Conflictos Internacionales

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Comentario→ La interpretación del presente artículo plantea el necesario análisis de lo que se entiende por: 1) procedimiento equitativo y justo, 2) cuáles son las partes involucradas, 3) la

decisión pronta, 4) reparación efectiva; y 5) la observancia y consideración obligatoria de las costumbres y tradiciones, así como de las normas y los sistemas jurídicos.

Por regla general todos, indígenas y no indígenas, tienen derecho a un debido proceso, el que debe decidir de manera justa, rápida y efectiva. El derecho a un “procedimiento equitativo y justo” establece una diferencia que amerita ser tomada en cuenta.

Al parecer la norma ha querido establecer una diferencia entre proceso (aquel ligado al sistema jurisdiccional del estado, a la judicialidad o legalidad de sus juicios) y procedimiento (aquel proceso no necesariamente legal, si se quiere extrajudicial, menos rígido legalmente hablando) Sin embargo, el derecho a un procedimiento a que se refiere la Declaración puede incluir también al proceso judicial, dado que la garantía del debido proceso es universal. El procedimiento a que se refiere la Declaración esta en función a atender las particularidades de la realidad indígena, la misma que no se sujeta necesariamente a la formalidad del proceso judicial. Es decir, mediante esta norma los estados reconocen que las necesidades de administrar justicia en torno a la realidad indígena, deben darse no con la rigurosidad del sistema judicial, sino mediante procesos flexibles que puedan sacrificar la formalidad, es decir la forma del proceso judicial, siempre que al final se logre administrar justicia.

Para la Declaración no ha sido casual que el término “**equitativo**” se anteponga al de “**justo**”. Pues hablar de equidad no necesariamente implica hablar de justicia y viceversa. En términos generales, se hace justicia cuando se resuelve una controversia de acuerdo a la ley; pero muchas veces la ley o el cumplimiento de la misma no hace la resolución necesariamente justa y muy por el contrario la convierte en arbitraria. En ese sentido la **equidad** es mucho más coherente y oportuna, cuando la asimetría de poder entre el estado y los pueblos indígenas constituye, desde el inicio del proceso, una gran desventaja para los pueblos que mantienen sus propias instituciones y costumbres ancestrales. En tal virtud la equidad, como justicia aplicada al caso concreto implica, no sólo justicia en el amplio sentido de la palabra, sino también igualdad social, responsabilidad y valoración de la individualidad del caso específico. Es decir que la equidad es lo justo a plenitud.

Por otro lado tenemos el tema de la **reparación efectiva**, que ya ha sido abordado adecuadamente en el tratamiento e interpretación de los artículos 28 y 32; y por último tenemos que, la parte final

del artículo en análisis, reitera la observancia y el respeto obligatorio a las costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos tradicionales de los pueblos indígenas, como un referente ineludible para la aplicación e interpretación de las normas establecidas en la Declaración.

Naciones Unidas y La Declaración

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Comentario→ Los artículos 41 y 42 están referidos específicamente al compromiso de la Organización de las Naciones Unidas frente a la Declaración. Este compromiso, a parte de involucrar a la ONU en pleno, es decir comprometer a todos sus órganos y organismos especializados, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas; también compromete e involucra a los estados y a las organizaciones intergubernamentales. La responsabilidad de la ONU frente a la Declaración, esta en función a contribuir para la movilización de ayuda técnica y financiera. En ese sentido la Organización de las Naciones Unidas, sus organismos especializados a nivel local e internacional y los estados, con la participación de los pueblos indígenas interesados, se comprometen no sólo a promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones contenidas en la Declaración, sino también a velar por su eficacia entendida esta como la capacidad de lograr el efecto deseado, es decir su pleno respeto y aplicación positiva.

Normas Mínimas de Convivencia

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Comentario→ El hecho de asumir a la Declaración y a sus normas como normas mínimas, implica que los estados no sólo pueden, sino que también deben hacer mucho más por el reconocimiento, respeto y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. Es decir, que sus políticas y programas no deben limitarse estrictamente a lo que la Declaración prescribe. Si dentro de sus posibilidades está el poder hacer más, a favor de la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas del mundo, bien venido sea.

El artículo 44 ratifica, reitera y garantiza la igualdad entre el hombre y la mujer indígena para efectos de disfrutar de los derechos y libertades a que se refiere la Declaración. Esta corroboración es acertada y oportuna, en la medida que pretende otorgarse igualdad y equilibrar la asimetría de poderes en comunidades o pueblos, donde el régimen matriarcal o patriarcal es muy acentuado. En todo caso, estos pueblos tienen el derecho de vivir de acuerdo a sus costumbres e instituciones ancestrales y este artículo, sólo representa la posibilidad de equilibrar esos derechos si los pueblos interesados así lo estimaren pertinente.

In Dubio Pro Indígena***Artículo 45***

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Comentario→ El texto del artículo 45 es bastante claro. En virtud de él, se determina que no existe la posibilidad de interpretar la Declaración en contra de los pueblos indígenas. Es decir, no se puede afectar vía interpretación, los derechos, libertades, costumbres tradicionales, instituciones y sistemas ancestrales de los pueblos indígenas. La posibilidad de una interpretación

lesiva o dañosa es nula bajo el principio de la buena fe y del *in dubio pro indígena*. Esta protección es aplicable a los derechos existentes, que tienen la categoría de *derechos adquiridos*, y a los que puedan adquirirse en el futuro.

Parámetros de Interpretación, Límites de Ejercicio y Principios Rectores

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

Comentario→ El texto del presente inciso sitúa a la Carta de las Naciones Unidas como el referente máximo o supremo de toda interpretación. Nada de lo establecido en la Declaración puede ser interpretado contraviniendo la Carta de las Naciones Unidas. Bajo esta misma lógica se tiene que, la presente Declaración sólo reconoce los derechos ya consagrados por la Carta. En tal sentido, el cuestionamiento respecto de el carácter vinculante de la Declaración queda desterrado, pues si un estado ratificó la Carta de las Naciones Unidas, ésta pasó a ser parte de su derecho nacional y por tratarse de normas referidas a derechos humanos, cobra el rango de la más alta jerarquía: rango constitucional. Es decir, se encuentra en el mismo nivel y jerarquía que la constitución, la ley madre del estado. Desde esta perspectiva las discusiones respecto de su carácter vinculante o no vinculante pasan a ser irrelevantes.

Otra de las garantías planteadas por el presente inciso, es el hecho de que nada de lo prescrito en la Declaración puede ser interpretado para atentar en contra de la integridad y la unidad política de los estados soberanos e independientes. Estos dos últimos adjetivos, “soberanos” e “independientes” nos invitan a especular que la Declaración puede ser bien utilizada por aquellos pueblos indígenas, que quieran independizarse de estados que no tienen la categoría de soberanos e independientes. Esto suele ocurrir con frecuencia después de ciertos procesos independentistas, como lo ocurrido con la ex Yugoslavia o la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Algunos estados se apuran en proclamar sus independencias, pero éstas no son

reconocidas oficialmente por la comunidad internacional, en tal sentido existen como estados sin tener la categoría de soberanos o independientes, es bajo este supuesto que algunos pueblos o naciones indígenas pueden utilizar a la Declaración para fundamentar su separación o independencia del estado no soberano o independiente. Frente a este supuesto, se deja claro que la intención del Convenio y la Declaración no es secesionista, por lo tanto lo antedicho es sólo una inflexión especulativa.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

Comentario→ El inciso 2 establece algunos parámetros de ejercicio para los derechos contenidos en la Declaración. Uno de ellos actúa como el escenario en donde esos derechos fluyen y deben ser ejercidos, ese escenario es la **democracia**. Bajo la lógica democrática los derechos son generales, para todos los miembros de una sociedad. Por ninguna razón se pueden conferir derechos exclusivos a un determinado grupo sector de la sociedad. Sin embargo, esto no significa que se debe descuidar el principio de equidad para lograr la justicia específica hacia un determinado sector que desde siempre (legalmente hablando, desde que nació el estado y el derecho) se ha encontrado en situación de desventaja. El otro parámetro lo constituye la **ley**. La ley puede plantear limitaciones al ejercicio de los derechos establecidos en la Declaración, pero siempre y cuando esta ley observe y respete las obligaciones contraídas internacionalmente en materia de derechos humanos.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe. (Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo. A/CONF.157/24 (Part I), cap. III Resolución 217 A (III).)

Comentario→ La frase “interpretación con arreglo” implica que cuando los principios rectores que informan a la Declaración no sean aplicables de manera exacta, se efectuará una adecuación de modo que se mantenga la coherencia y no se desnaturalice la verdadera razón de la ley. Ninguna de las interpretaciones podrá efectuarse de modo que de su interpretación se infieran o ejecuten ejercicios injustos (La ley no ampara el abuso del derecho) o que contravengan los valores y principios que fundamentan la democracia.

De igual modo los principios que informan a los derechos humanos, materializados a través de la Carta de las Naciones Unidas, son un referente interpretativo de autoridad mundial; cualquier interpretación, ejercicio de derecho o aplicación de las disposiciones contenidas en la Declaración, deben efectuarse teniendo en mente a los derechos humanos y libertades fundamentales.

En lo que al principio de **igualdad** se refiere, como principio esencial de la democracia, tenemos que éste proscribe o hace imposible cualquier tipo de **discriminación**. Más aún, desde la óptica en que fue concebida y estatuida la Declaración, la igualdad sirve como fundamento de la **equidad** para equilibrar las injustas asimetrías políticas, económicas y sociales.

Interpretar con arreglo al principio de la **buen administración pública**, sugiere esperar por parte del estado un desempeño optimo en sus funciones administrativas. Es decir que, en todo lo que al estado le corresponda realizar para el cumplimiento de la Declaración, se entenderá que lo hará disponiendo de la mejor manera de todas sus instituciones y recursos y actuará bajo el principio de la buena fe.

De igual modo, interpretar bajo el principio de la **buen fe** implica que se debe esperar probidad, tanto por parte del estado, como de los pueblos indígenas interesados. La buena fe, como principio general del derecho, establece un canal de interacción de doble vía, en el cual fluyen en ambas direcciones no sólo la honradez, sino también la convicción de esperar un comportamiento recto y honesto de la otra parte, en cuanto a la veracidad o exactitud de un determinado asunto. Este es un principio elemental y fundamental para la interacción social y como parámetro de interpretación, exige una conducta recta y honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso.

R) **El Perú y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.-**

El Perú, no sólo fue uno de los más ardientes defensores durante las sesiones y debates, sino que también votó decididamente para la aprobación de la Declaración. Sin embargo, la aprobación no basta si no existe a nivel nacional una adecuada instrumentalización e internalización de los principios y derechos que ella encarna; es necesario implementar la Declaración a nivel nacional, para hacer de los derechos allí contenidos una realidad tangible y cotidiana. En este sentido, cualquier iniciativa seria por parte de los gobiernos, en su intención de instrumentalizar la Declaración como legislación nacional, deberá pasar necesariamente por determinar y regular ciertas categorías semánticas que han sido llevadas al ámbito de lo jurídico internacional. Es decir, debe determinarse a ciencia cierta y con participación de los depositarios de los derechos contenidos en la Declaración, qué se entiende por: 1) disfrute pleno de todos los derechos humanos, 2) perseguir libremente el desarrollo, 3) mecanismos eficaces, 4) facilitar acceso, 5) mecanismos justos, transparentes y eficaces, 6) medidas eficaces, 7) garantizar protección 8) asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender, 9) establecer y controlar sus propios sistemas, 10) reflejo de la dignidad indígena en la educación pública y medios de información públicos, 11) combatir prejuicios, eliminar discriminación, promover tolerancia, 12) tomar medidas específicas para proteger a los niños indígenas, 13) derecho a participar, 14) de conformidad con sus propios procedimientos, 15) buena fe 16) instituciones representativas, 17) reparación justa y equitativa 18) medidas especiales 19) adoptar medidas conjuntas, 20) determinar y elaborar prioridades para el ejercicio de su derecho al desarrollo, 21) participar activamente en la elaboración y determinación de programas, 22) derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus territorios, 23) asegurar el reconocimiento y protección jurídico, 24) proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, 25) convenir libremente, 26) desarrollar actividades militares, 27) interés público como justificación y en contraposición con interés indígena, 28) patrimonio cultural y a quien le corresponde mantenerlo, controlarlo, protegerlo y desarrollarlo, 29) consentimiento libre e informado, 30) derecho a determinar responsabilidades de individuos para con sus comunidades, 31) menoscabar y suprimir derechos de los pueblos indígenas, 32) medidas apropiadas en contraposición con las medidas legislativas, 33) procedimientos equitativos y justos; y finalmente 34) promover respeto.

Tanto, pueblos indígenas como gobiernos deben clarificar y uniformizar criterios respecto a los puntos, enumerados anteriormente, antes de sentarse a negociar o intentar estrategias conjuntas. De no ser así, el gobierno al igual que los representantes de los pueblos indígenas, estarán

hablando idiomas completamente diferentes. Tal como ocurrió en el Congreso Peruano con el proyecto de Ley 2016/2007-CR- Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas.

Por un lado el gobierno consideraba que dicho proyecto de ley, tal como fue planteado por la oficina congresal de la representante indígena Hilaria Supa Huamán, era un problema; no sólo porque generaba ineficiencia y lentitud en la toma de decisiones, sino también porque el aspecto vinculante de la consulta, daría a los pueblos indígenas el derecho al voto.

El discutido proyecto estipulaba que la decisión de los pueblos indígenas respecto a su conformidad o disconformidad con las actividades a realizarse dentro de sus territorios debería tener carácter vinculante y obligatorio para el estado⁴⁶. En su momento la comisión de pueblos andinos consideró que la opinión de los pueblos indígenas no debería ser vinculante, pero si de observancia obligatoria por parte del estado para prever la indemnización de acuerdo al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT. Por su parte, la defensora del pueblo fue de la opinión que en el Perú no era oportuno viabilizar el derecho de consulta dada la débil comprensión de la diversidad cultural, el limitado conocimiento sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluidos en el convenio 169 de la OIT y la falta de comprensión de lo que significa el proceso de consulta en si mismo. Para la Asociación Paz y Esperanza, a través de la voz de su representante Graham Gordon, la ley propuesta debería mantener el carácter de vinculante de la decisión de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, pues de lo contrario dicha Ley carecería de todo sentido. Según Gordon, el carácter vinculante de la decisión de los pueblos indígenas no implicaba derecho a veto; sino que aseguraba la obligatoriedad de implementar los acuerdos a los que se hayan llegado. Otro sector inclinó el debate en el sentido que el derecho discutido en la ley, no era en si el derecho a la consulta, sino que la consulta es un mecanismo para disfrutar de otros derechos, como el derecho a la participación y el respeto de la propia cultura. Por su parte, representantes del poder económico afirmaron que mediante leyes como esta, se creará un clima de inestabilidad en el país y se

⁴⁶ El proyecto de ley fue enviado al congreso el 18 de Diciembre del año 2007

ahuyentaran las inversiones principalmente las extranjeras que tanto bien le hacen al Perú.⁴⁷

El ejemplo anterior evidencia tanto la necesidad de unificar criterios, como la urgencia de implementar mecanismos para educar e instruir no sólo a los operadores en materia de derecho indígena, sino también a la sociedad en general. Pero siempre desde una perspectiva tolerante, inclusiva y pluricultural; una perspectiva que si aún no está preparada para asumir un compromiso serio, frente a sus obligaciones internacionales y frente a aquellos pueblos con los que mantiene una deuda social histórica, por lo menos apueste por el equilibrio ecológico y la vida, y no por la destrucción de la naturaleza.

CONCLUSIONES

Primera.- No existe, instrumento internacional alguno que defina a ciencia cierta lo que es o significa ser indígena. Tanto el Convenio como la Declaración, sólo brindan elementos que ayudan a los gobiernos a establecer a quiénes se aplica la normatividad en materia de

⁴⁷ El proyecto de ley fue analizado y debatido ampliamente en el seminario *¿participación, consulta o consentimiento?* Organizado el 11 de noviembre del 2008, por el Congreso de la Republica, en el auditorio Faustino Sánchez Carrión del mismo Congreso, y contó con la participación de co-organizadores como la Confederación Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería(CONACAMI), Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), Asociación Paz y Esperanza, Oxfam América, Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP)

derechos humanos para pueblos indígenas. En ese sentido y dada la compleja realidad de los pueblos indígenas del mundo, una definición taxativa limitaría o privaría a algunos pueblos de los derechos reconocidos internacionalmente.

Segunda.- Existe la necesidad de proteger a los pueblos indígenas del mundo y esta debe ser una protección auténtica, que no sólo **reconozca sus aspiraciones** de asumir el control de sus propias vidas e instituciones, sino también de su desarrollo económico y de lo que ellos consideran progreso. Existe la urgencia de una protección preventiva, basada en la **educación**; una educación global para el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones, y costumbres propias de estos pueblos; y fundamentada en la convicción de que los pueblos indígenas tienen **derecho a existir** y continuar existiendo, sin la perdida de su propia identidad y con la facultad de poder determinar, por sí mismos, sus prioridades y la forma y ritmo de su desarrollo.

Tercera.- Cuando el indio a nivel mundial cobre **conciencia de su identidad** y lo que ella representa para salvaguardar sus derechos, entonces habrá dejado de ser Ella o Él para convertirse en su pueblo. Entonces dejará de resistir para sugerir, dejará de ser un problema para convertirse en una alternativa que, no habiendo podido ser exterminada o asimilada por el “desarrollo”, aún mantiene plena vigencia para lograr el progreso y elevar la calidad de vida; entendiendo a éste como bienestar genuino y a ésta, no como cantidad de consumo.

Cuarta.- Mientras que en países desarrollados la auto-identificación como derecho adquiere su real dimensión, en los países empobrecidos auto-identificarse como indígena es un disparate, casi un suicidio social. Bajo esta misma lógica, uno no se auto-identifica como indígena sino que “**lo confiesa**”, con cierto grado de tristeza o vergüenza social pues sus rasgos fenotípicos no concuerdan con los patrones de belleza difundidos por la sociedad dominante o sociedad de consumo.

Quinta.- La protección conferida por el Convenio y la Declaración no implica paternalismos o prerrogativas por parte de los estados a favor de los pueblos indígenas. Muy por el contrario, ésta “protección” reclama cierto grado de **libertad** e independencia para “determinar”, decidir; reclama la no interferencia de los gobiernos en los asuntos estrictamente internos de un pueblo o comunidad. La protección conferida por estos instrumentos internacionales, sólo reivindica

respeto a las culturas, las costumbres y tradiciones, los conocimientos, los territorios y la espiritualidad que existió mucho antes de que los estados y las leyes fueran siquiera concebidos como tales.

Sexta.- La toma de conciencia de esa relación especial entre el indígena y la tierra, por parte de los gobiernos del mundo, debe dejar de ser considerada como una simple “cuestión indígena” (*indigenous issues*) para el debate y la pose política internacional; muy por el contrario, debe convertirse en un **modelo que apuesta por la vida**, a diferencia de otros modelos que juegan sus mejores actuaciones y atributos sin importarles la destrucción del planeta y la degradación de la especie humana.

Séptima.- El derecho a la **consulta**, no debe ser entendido por parte de los estados como una simple comunicación de algo que ya fue decidido política o administrativamente. Consultar no debe significar bajo ningún punto de vista o razón “comunicar” algo, y mucho menos debe significar que esta consulta esté condenada a obtener siempre un “sí” por respuesta. Consultar quiere decir preguntar en función a dos o más opciones o alternativas diferentes en naturaleza y la respuesta puede ser afirmativa o negativa.

Octava.- Tanto la figura del Consentimiento libre, previo e informado, como la de la consulta, han sido Satanizadas por los gobiernos y las corporaciones, como una forma de conceder a los pueblos indígenas el **derecho a vetar el desarrollo**. Bajo esta misma lógica y haciendo una interpretación a *contrario sensu*, no dar a los pueblos indígenas otra alternativa diferente a la del “sí”, significa imponer el desarrollo de manera legalmente autoritaria; significa atentar contra todo principio democrático, significa violar derechos humanos y ser directamente responsable de las perturbaciones sociales que este tipo de medidas arbitrarias generan.

Novena.- La difícil situación por la que atraviesan los pueblos indígenas del mundo, no desaparecerá en la medida que estos pueblos o naciones sean integrados o absorbidos por la cultura de la sociedad dominante. Los pueblos indígenas han sobrevivido y tienen derecho a seguir existiendo, bajo el principio de la autodeterminación, manteniendo su propia identidad, tradiciones y estructuras sociales. Al enfoque asimilacionista-integracionista se debe oponer la progresividad de los derechos humanos, no sólo para proteger a estos pueblos sino también para promover su desarrollo.

Décimo.- Tanto el Convenio como la Declaración representan un significativo avance a favor de los grupos menos favorecidos y en pro de esa aspiración de igualdad de oportunidades y de trato para los pueblos indígenas que se encuentran en situación de desventaja. Este tipo de política internacional para proteger y respetar las condiciones especiales de un determinado pueblo, no necesariamente conlleva a una “**discriminación positiva**”, como la intentan denominar algunos, sino que busca equilibrar la asimetría de poder de la sociedad y superar el trato discriminatorio, la exclusión y la injusticia social a la que los pueblos indígenas estuvieron sometidos en el pasado.

BIBLIOGRAFIA

ALLPA: “*Las comunidades campesinas en el siglo XXI. Situación actual y cambios normativos*”, ALLPA, Lima , Lima -Perú 2005

BALLÓN AGUIRRE FRANCISCO: “*Derechos de los Pueblos Indígenas*”, Defensoría del Pueblo. Lima –Perú 2004.

BALLÓN AGUIRRE FRANCISCO, “*Etnia y Represión Penal*”, Mulcografed, Lima-Perú 1980.

BELLO ÁLVARO: “*Etnicidad y Ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*”, Naciones Unidas, CEPAL GTZ-2004

CHASE SMITH RICHARD: “*A Tapestry Woven From The Vicisitudes Of History, Place And Daily Life*”, Oxfam América. 2003.

CHIRIF ALBERTO: “*La Organización Indígena y la Defensa Territorial en Reconocimiento y Demarcación de Territorios Indígenas en la Amazonía*”, Fundación Gaia-Bogotá. 1993

DEFENSORIA DEL PUEBLO: “*Comentarios al Convenio Número 169 OIT*”, Lima-Perú 2004.

FIGALLO GUILLERMO: “*Los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los Indios y la venta de tierras de las comunidades*”, Rev. Debate Agrario-Lima 1988.

ROLDÁN ROQUE, TAMAYO ANA MARÍA: “*Legislación y Derechos Indígenas en el Perú*”, CAAAP-COAMA Lima. 1999.

ROLDAN, ROQUE: “*Tierras y Territorios Indígenas. Estudio realizado para la Secretaría Pro-Tempore del TCA*”, Lima 1996.

RUBIO CORREA MARCIAL: “*Estudio de la Constitución Política de 1993*”. Lima-Perú

SIVIRICHI ATILIO: “*Derecho Indígena, Proyecto de Código Indígena*”, Ediciones Kuntur, Perú 1946.

SURALLES ALEXANDRE Y GARCÍA HIERRO PEDRO: “*Tierra Adentro. Territorio Indígena y Percepción del Entorno*”, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. IWGIA. Lima 2004.

TOMEI MANUELA Y LEE SWEPSTON: “*Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*”, Ginebra 1996.