

> columnas

## Derechos de los pueblos indígenas. Por José Bengoa

28 DE ENERO DE 2021

**P**OTENCIALIDADES Y LIMITACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE (O DE) LOS PUEBLOS INDÍGENAS ANTE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE

En recuerdo de Miguel Alfonso Martínez, gran amigo.

El año 2021 que comienza estará marcado por los debates constitucionales. Uno de los asuntos más complejos y ampliamente demandados por la ciudadanía, será re situar la cuestión indígena en Chile, esto es, pasar de una situación totalmente colonial, de minoría sometida, a una de reconocimiento del carácter de Pueblo y Nación Indígena (Mapuche en particular) y los derechos consecuentes.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es el único Tratado Internacional vinculante sobre esta materia y por lo tanto Ley de la República.[1] La Declaración Internacional sobre los derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007 con el voto de Chile y es parte del derecho internacional aunque no tiene el carácter vinculante de un tratado.

La Ponencia señalaría que los Pueblos Indígenas a través del Convenio 169 de la OIT, y posteriormente de la Declaración Internacional, y de otros instrumentos internacionales, mejoraron absolutamente su situación frente al derecho internacional y por tanto nacional, pero que sin embargo quedaron en una situación jurídica ambigua y contradictoria y que ello es quizá uno de los motivos del carácter conflictivo que han asumido las relaciones interétnicas en la actualidad, sobre todo en América Latina.

El carácter ambiguo de esta jurisprudencia es que si bien se reconocen derechos, tales como a la tierra, al territorio, a decidir sobre sus asuntos internos, etc...no se entregan los instrumentos eficaces para que ello se ejerza con autoridad y claridad. Los derechos quedaron en un nivel extremadamente teórico y abstracto dando origen a relaciones de poder local, de fuerza y violencia. En la práctica el ejercicio de los derechos declarados depende de las correlaciones de fuerza existentes, de los intereses en juego y por lo general conduce a que los Pueblos Indígenas no los puedan ejercer adecuadamente. El gran desafío de la Constitución que se deberá preparar es superar esta situación.

Origen del Convenio 169

Se preguntan a menudo las personas interesadas, de porqué regula los temas indígenas un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, dedicada como su nombre indica a temas laborales. La historia

es sencilla de entender. El antropólogo mexicano Juan Comas era el Presidente del recién creado Instituto Interamericano Indigenista. Había sido creado en Pátzcuaro en el Primer Congreso Interamericano Indigenista el año 1941. Junto a otros indigenistas vieron la situación de miles de personas de Centro América especialmente que «bajaban» de sus comunidades a trabajar en las temporadas de zafra, esto es, cosechas de caña de azúcar, bananos, algodón, café etc... Las grandes compañías como la United Fruit, eran dueñas y señores de tierras y personas. Mamita Yunai le decían los indígenas según lo noveló Miguel Ángel Asturias.

Viajaron a Ginebra, sede de la OIT y plantearon el problema. De ahí surgió un Convenio con el número 107 justamente dedicado a ese sector y por ampliación a los indígenas en general. Esto ocurría en 1957. Poco pasó con ese convenio. En los finales de los años setenta comenzó un movimiento para revisarlo. La crítica central era que no asumía una defensa de derechos colectivos ("Los Pueblos indígenas") sino que protegía a individuos en particular y en forma aislada, lo que lo hacía prácticamente inoperante. La revisión fue larga y compleja y de su resultado surge el Convenio 169 que reemplaza al anterior. [2] La aprobación en la Asamblea de la OIT, 27 de Junio de 1989, debió ser seguida de la ratificación de cada país, por lo general por sus Congresos o Parlamentos según se haya definido. Chile se demoró mucho en aprobarlo y finalmente se ratificó.[3]

De acuerdo con la Constitución chilena vigente se transformó en Ley de la República. Es por tanto la base o referente sobre la cual se debiera trabajar en la próxima Constitución en esta sensible materia.

La salvaguarda.

Se conoce como la salvaguarda una nota que se colocó como numeral 3 en el Convenio y que dice:

«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.»

La "salvaguarda" con el paso del tiempo se ha transformado en uno de los asuntos cruciales del derecho internacional de los Pueblos Indígenas. Los indígenas como sujetos del derecho internacional quedaron en una situación disminuida frente a todos los demás actores y por cierto los de carácter nacional. Al señalar "la salvaguarda", que el concepto de autodeterminación es reducido y parcial y que no podrá comprenderse a nivel del sistema jurídico internacional, el sujeto jurídico indígena queda en una situación de indefensión jurídica ya que no es un sujeto jurídico nacional reconocido (como los sindicatos por ejemplo en la OIT), ni es un sujeto internacional reconocido como "las naciones independientes" o incluso las ONG que tienen un status específico y activo en el marco jurídico de las Naciones Unidas. Los representantes de los Pueblos Indígenas deben normalmente disfrazarse de ONGs para poder hacer uso de la palabra en los escenarios internacionales sin consecuencia alguna de sus dichos sobre el sistema jurídico internacional.

Se avanzó enormemente en el reconocimiento del concepto o categoría de «Pueblos», pero se lo ató de manos con esta salvaguarda. La Declaración Internacional de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 2007, con el voto favorable de Chile, reconoció que es un derecho adquirido de todos los pueblos del mundo la libre determinación. Es como se sabe un carácter indisoluble al concepto de Pueblo. Ser libre, determinarse por sí mismo, etc... [4] No se usó la misma salvaguarda pero se señaló que el ejercicio de la libre determinación en el caso indígena se denominaba «Autonomía».[5] Esta

Declaración es parte de lo que se llama en la jerga internacional «soft law», esto es leyes que no siendo tratados vinculantes no son de carácter obligatoria para los Estados, pero que dan la pauta de lo que se debe hacer, sobre todo al momento de reformular por ejemplo una Constitución. Seguramente el debate constitucional conducirá a detallar con mayor precisión estos conceptos fundamentales, tales como libre determinación, autonomía, etc...de modo de abrir el camino a una sociedad y Estado pluri nacional.[6]

La consulta.

La consecuencia práctica más importante del Convenio 169 se refiere a la consulta a las comunidades indígenas cada vez que el Estado ( o también un proyecto particular) las afecte. Esta “consulta no vinculante” se ha transformado en la fuente máxima de conflictos, sobre todo territoriales y medio ambientales.[7]

En primer lugar, las consultas que se realizan al existir un proyecto que afecta a algún pueblo indígena de acuerdo al Convenio 169 , carece de un sujeto jurídico establecido y con claridad jurídica a nivel local, nacional y sobre todo internacional. ¿Quién es el representante de ese Pueblo Indígena?. ¿Una comunidad parcial de ese Pueblo? ¿Todos los miembros sea el lugar en que se encuentran? ¿Solamente los sujetos individuales afectados?. Esta ambigüedad ha sido la fuente de enormes conflictos intra comunitarios y divisiones profundas en los Pueblos Indígenas [8]

En segundo lugar, el concepto de “buena fe” para la entrega de las informaciones es extremadamente laxo y por lo general no se aplica. [9] La experiencia empírica demuestra que no existe la buena fe.

En tercer lugar el carácter no vinculante, la no existencia de instancias de apelación nacional y sobre todo internacionales, hacen de este proceso el preámbulo del conflicto.

Hemos visto en la mayoría de los casos que hemos estudiado, el rechazo masivo del proyecto en cuestión y su puesta en marcha a pesar de ello. [10]

La Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas ( y en el mismo sentido la Declaración Inter americana),establecen una cantidad florida de derechos que al no poseer mecanismos de control, operación, evaluación, etc ...se han vuelto no solamente improcedentes sino fuente de conflictos y violencia.

En primer lugar no hay ningún intento de establecer sistemas de obligaciones básicas. La Declaración por su carácter mismo no obliga a las partes; sin embargo, no hay y al parecer no habrá sistemas de seguimiento como son los que existen en el Comité de Derechos Humanos, en el de Derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el de la mujer, en el del niño, etc... [11]

En segundo lugar, la construcción de un Foro Permanente de los Pueblos Indígenas, fuera del sistema de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha significado una pérdida lamentable y significativa, ya que ese espacio ganado por los indígenas, no se ha logrado transformar en una suerte de espacio de apelación del nivel nacional al nivel internacional. El antiguo Grupo de Trabajo de Ginebra, sin poseer ninguna capacidad establecida se había transformado en un espacio de debates, de quejas, de acusaciones a los Estados, lo que le otorgaba una importancia política evidente, aunque sin seguimiento jurídico.[12]

En tercer lugar el concepto de autonomía jurídica como expresión específica del derecho a la libre

determinación se ha quedado sin sustento jurídico. Luego del 2017 no ha habido ningún proceso nuevo de “autonomía de los pueblos indígenas” en ningún país latinoamericano (salvo error de información). Todos ellos ocurrieron con anterioridad a la Declaración, lo que habla de su ambigüedad. La causa que analizamos es que el concepto de autonomía quedó cargado de una tal cantidad de supuestos derechos, que al hacérselos efectivos harían imposible el funcionamiento práctico de los procesos. En especial el modelo de autonomía se dibuja sobre territorios homogéneamente culturales y étnicos y no sobre aquellos de carácter mixto que son la mayoría de los territorios indígenas de América Latina.

El carácter conflictivo que ha asumido en este último período la cuestión indígena en América Latina es consecuencia, pensamos, de una contradicción entre la creciente auto conciencia de derechos, y las dificultades para ejercerlos. La hipótesis es sencilla y señala que los Pueblos Indígenas se han transformado en la barrera de contención de la expansión del capitalismo extractivista que caracteriza a las economías latinoamericanas. Y ello obviamente provoca conflictos si no está mínimamente bien regulado y normado el proceso. No cabe duda que el país le exige a la Convención Constituyente que se haga cargo de estos centrales asuntos.

25/01/2021

---

[1] La nominación de indígenas se ha ido imponiendo en el derecho internacional. Su significado es «originario», del lugar, nacido en el lugar, etc... Hay quienes no agradan de ese título, sin embargo la usamos ya que toda la legislación se refiere a ese término y personalmente consideraría un error ensayar un nuevo apelativo.

[2] Las personas interesadas podrán encontrar las Actas de este proceso de reformulación que son muy importantes para comprender el sentido exacto del Convenio 169. Como se sabe en la OIT, cada país tiene tres votos, uno del Gobierno, otro de los empresarios y otro de los sindicatos.

[3] El Decreto señala: «Que con fecha 27 de junio de 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión, adoptó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el oficio N° 7.378, de 9 de abril de 2008, de la Honorable Cámara de Diputados. Que el Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 3 de abril de 2008, declaró que las normas del aludido Convenio N° 169 sometidas a su control, son constitucionales. Que el instrumento de ratificación de dicho Convenio se depositó con fecha 15 de septiembre de 2008 ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 38, párrafo 3, del referido Convenio N° 169, éste entrará en vigencia para Chile el 15 de septiembre de 2009, Decreto: Artículo único: Promúlgase el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Septuagésima Sexta Reunión; cúmplase y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

[4] Para quienes se pregunten por este tema señalemos que el origen bíblico de esta relación íntima entre Pueblo y Libre determinación, auto determinación, en fin, independencia es evidente. Los dos Pactos de Derechos Humanos señalan explícitamente su relación íntima.

[5] Artículo 2 Los pueblos y los individuos 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. 4 Resolución 217 A (III). 5 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 a la 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 medios para financiar sus funciones autónomas.

[6] Habrá que señalar las diferencias y especificidades en la aplicación de estos conceptos si se trata de Pueblos Indígenas muy numerosos y con amplios territorios, o con territorios exclusivos como Isla de Pascua (apa Nui) o pequeños grupos que viven importantes procesos de reconstrucción cultural. Si no se avanza en estas materias de modo concreto se corre el riesgo de que todo quede en letra muerta una vez más.

[7] La Declaración va en la misma línea del Convenio. El Artículo 19 señala:» 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".

[8] Es por ejemplo el caso del Fundo Tantauco y la consulta para hacer el camino de acceso a ese enorme predio de propiedad del Presidente de la República en Huequetrumao, Chiloé. Como ha ocurrido en muchas partes la comunidad rechazaba el camino que cruzaba por su interior. Fueron a buscar ex comuneros que vivían incluso en Santiago y les pagaron, posiblemente, para que firmaran la nueva comunidad, se les dio personería jurídica y aprobaron la apertura del camino. Los comuneros in situ protestaron, tomaron el camino, vino la policía y los desalojó violentamente.

[9] El caso de la represa Ralco y la promesa del "caballo ensillado", es quizá una de las vergüenzas mayores que ejemplifica esto que afirmamos. Se requería la firma de los comuneros del Alto Bio Bio para comenzar la construcción de la represa. Unos conspicuos consultores contratados por la Empresa fueron casa por casa prometiendo todo tipo de regalos entre ellos un «caballo ensillado». Como es bien sabido esa es la promesa que el demonio, el diablo, le hace al campesino para robarle el alma, como el criollo Fausto. El nivel de maldad era evidente. Domingo Namuncura fue nombrado Director de la CONADI y se instaló valientemente en Santa Bárbara, con notario, camarógrafo, traductores y convocó a los comuneros. Les preguntó que le habían prometido, y que les habían dado. Al leerle el notario lo que les habían obligado a firmar se dieron cuenta del engaño. Entre otras promesas no cumplidas se encontraba el caballo ensillado. Como es bien sabido a Namuncura lo echaron de inmediato de su puesto. Ver el libro de D. Namuncura. Ralco Represa o pobreza. Lom Ediciones. 1999.

[10] La directiva del relator Especial James Anaya sobre la consulta del Convenio 169, en su párrafo número 37 señala: "No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio N° 169 de la OIT afirma que: «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». Si bien las

implicaciones del deber de celebrar consultas son numerosas y variadas, el Relator Especial se ha referido durante el último año a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. El Relator Especial dedicará el resto del informe a reflexionar sobre algunos aspectos del deber de celebrar consultas y de su aplicación pertinentes a problemas que ha enfrentado, con lo que espera aportar aclaraciones y orientaciones útiles.”. A/HRC/12/34 del 15 de Julio de 2009. Consejo de Derechos Humanos 12º período de sesiones..

[11] El Informe del Relator James Anaya en su artículo 22, señalaba el 15 de Julio de 2009: “ Asimismo, en abril de 2009 el Relator Especial fue invitado a Chile para que evaluara la situación de los pueblos indígenas como seguimiento de la visita hecha al país en 2003 por su predecesor. Si bien persisten muchos de los problemas de los pueblos indígenas en Chile, el Gobierno adoptó el año pasado importantes medidas para promover la protección de esos derechos, entre ellas la ratificación, en septiembre de 2008, del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), y el compromiso de promulgar reformas constitucionales para reconocer A/HRC/12/34 página 9 y promover los derechos de los indígenas. Teniendo presente el proceso de reforma constitucional, el Relator Especial elaboró un informe que presentó al Gobierno, y que posteriormente se publicó, en el que se describen y analizan los diversos elementos aplicables del derecho de consulta y se presentan ejemplos de mecanismos de consulta utilizados en otros países. El Gobierno ha iniciado consultas con los grupos indígenas de Chile en relación con el proceso de reforma constitucional, y el Relator Especial sigue vigilando el progreso de las consultas”.

[12] El Informe de James Anaya señalado establece en su punto 8, lo siguiente: En el desempeño de su labor el Relator Especial ha constatado un elevado nivel de confusión entre los grupos indígenas, las ONG y otras partes interesadas en relación con los papeles y funciones respectivos de los tres mecanismos, así como con su lugar en la estructura institucional de las Naciones Unidas. Proporcionar formación continua acerca de los mandatos y funciones de cada uno de esos mecanismos es esencial. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas fue establecido en 2000 como órgano asesor del Consejo Económico y Social con el mandato de prestar especial atención a las cuestiones indígenas en las esferas del desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos . El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas está integrado por 16 expertos y se reúne una vez al año durante dos semanas en Nueva York. El Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, que celebró su primer período de sesiones anual en octubre de 2008, está integrado por cinco expertos encargados de proporcionar al Consejo de Derechos Humanos conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas, centrados principalmente en estudios y asesoramiento basado en la investigación (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 a)).