

LOS PUEBLOS INDIGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

I. PRESENTACION.

A lo largo del presente siglo se ha venido desarrollando un lento proceso de regulación de la situación y de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.

A la preocupación inicial que durante la primera mitad de este siglo tuvo sobre la materia la Sociedad de las Naciones (organización antecesora de la actual ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), esta última desde la perspectiva de la protección de los trabajadores indígenas, siguió a partir de 1945 la preocupación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y de sus órganos especializados (nuevamente la OIT, la UNESCO) y la de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el ámbito regional.

En sus cartas constitutivas y primeras declaraciones de derechos humanos, estos organismos internacionales postulan la igualdad entre todos los seres humanos y rechazan toda discriminación basada en razones de raza, color, sexo, idioma o religión.

Más tarde, las mismas entidades y sus organismos especializados aprueban una serie de documentos que condenan el delito de genocidio y la discriminación racial y de resoluciones que promueven la protección de las "poblaciones aborígenes" o "minorías étnicas" por sus Estados miembros.

Especial importancia tiene en este sentido la aprobación en 1957 del Convenio 107 de la OIT relativo a la "Protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes".

No obstante la importancia que muchos de estos documentos y resoluciones tuvieron en su oportunidad en la promoción y defensa de los pueblos indígenas, hoy existe consenso en la necesidad de seguir avanzando en el reconocimiento y regulación de los derechos que a éstos les corresponde como tales.

En efecto, tanto la terminología utilizada en los primeros documentos sobre la materia (no se utiliza en ellos la expresión "pueblos indígenas" sino la de minorías étnicas, poblaciones aborígenes, poblaciones tribales o semitribales), como el carácter proteccionista y asimilacionista de los mismos, son hoy fuertemente criticados y cuestionados por el movimiento indígena y por la doctrina moderna de los derechos humanos.

A raíz de este cuestionamiento es que durante los últimos años se ha venido desarrollando en el seno de los órganos especializados de Naciones Unidas (la OIT y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías) un proceso de revisión de los documentos internacionales existentes sobre la materia y de

proposición de nuevos instrumentos que recojan las aspiraciones de los pueblos indígenas y reconozcan a estos un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y políticos que hasta ahora les han sido desconocidos.

Fruto de este proceso es que en 1989 la OIT aprobó el Convenio No 169 sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" que viene a sustituir para aquellos países que lo ratifiquen el antiguo Convenio No 107 de 1957.

Igualmente, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas se encuentra abocado a la preparación de una Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para someterla a la aprobación de la Asamblea General en fecha próxima. Asimismo, La Asamblea General de la OEA ha encomendado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas.

De estos documentos internacionales y de los procesos antes mencionados que actualmente se están verificando en el ámbito internacional a objeto de garantizar de un modo más efectivo los derechos de los pueblos indígenas, en el contexto de cumplirse en 1992 los quinientos años de la llegada del europeo a tierras americanas, pasamos a dar cuenta a continuación.

II. DOCUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA.

1. Documentos de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

1.1. Documentos emanados de la Asamblea General.

Si bien la Asamblea General de Naciones Unidas no ha aprobado hasta ahora ningún documento internacional específico sobre pueblos indígenas o sobre quienes los integran, gran parte de sus documentos sobre derechos humanos contienen disposiciones que les son aplicables y que los protegen frente a las discriminaciones de que puedan ser objeto. Los más importantes de estos documentos son;

A) La Carta de Naciones Unidas.

Aprobada en San Francisco en 1945. Sus normas están referidas a todos los seres humanos sin distinción. Sin embargo, es especialmente relevante para los pueblos indígenas la disposición contenida en su artículo 1 inc. 3 que establece entre los propósitos de Naciones Unidas: "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."

Una disposición similar es la contenida en el artículo 55 letra C de la misma Carta que establece que la Organización promoverá: "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión, y la efectividad de tales derechos y libertades."

B) La Declaración Universal de Derechos Humanos.

Aprobada en 1948. Entre sus disposiciones existen varias que revisten importancia para los pueblos indígenas, en particular:

El artículo 1 que establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

El artículo 2 Nº1 que dispone: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

El artículo 4 que establece: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas."

El artículo 7 que señala: "Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación."

El artículo 17 Nº 1 que establece: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual o colectivamente."

El artículo 26 Nº 3 que señala: "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos."

El artículo 27 Nº 1 que señala: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad."

C) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Aprobada en 1948, entre sus disposiciones aplicables a los indígenas cabe destacar:

Su Artículo 2 que dispone: "En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal a) Matanza de miembros de grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a

condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo."⁽¹⁾

D) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Aprobada en 1965. En su párrafo 1 del artículo 1 dispone: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnica que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social y cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública."⁽²⁾

E) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aprobado en 1966. Son de importancia para los pueblos indígenas las siguientes disposiciones:

El artículo 1 Nº 1 que establece: "Todos los pueblos tienen derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural."

El artículo 1 Nº 2 que señala: "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como el derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia."

El artículo 2 Nº 2 que señala: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

¹ Entra en vigor en 1951, es ratificada por 97 Estados, entre ellos Chile.

² Entra en vigor en 1969, es ratificada por 124 Estados, entre ellos Chile.

El Artículo 15 Nº 1 que establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) Participar en la vida cultural."

El artículo 15 Nº 2 que establece: "Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figuran las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura." (3)

F) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aprobado por la Asamblea General en 1966. Su artículo 1 reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos en idénticos términos que el PIDESC.

Su artículo 27 trata específicamente de las minorías étnicas al señalar: "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 disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma." (4)

G) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aprobado por la Asamblea General en 1966. Entre sus disposiciones cabe destacar su artículo 1 N 1 que establece: "Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de esos derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte que no sea parte del presente Protocolo." (5)

H) Resoluciones de la Asamblea General

Además de los instrumentos antes referidos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta entidad ha dictado

³ Entra en vigor en 1976 siendo ratificado por Chile en 1989. El derecho a la libre determinación en él establecido, no ha sido reconocido a los pueblos indígenas.

⁴ Entra en vigor en 1976, siendo ratificado por Chile en 1989.

⁵ Entra en vigor en 1976, siendo ratificado por 85 Estados.

diversas resoluciones relativas a estos pueblos tales como la resolución 217 C (III) de 1948 sobre "La suerte de las minorías", la resolución 275 (III) de 1949 en que se recomienda al Consejo Económico y Social de la N.U. estudiar la situación de las poblaciones aborígenes del Continente Americano, la resolución 532 (IV) de 1952 en que se declara la prevención de las discriminaciones y protección de las minorías como dos de los aspectos más importantes de la obra de las O.N.U. y la resolución 2497 (XXIV) de 1969 que señala la necesidad de que la educación en países sometidos a la ocupación colonial se lleve a cabo con respecto de la cultura y tradiciones indígenas.

1.2 Documentos aprobados por organos especializados de la O.N.U.

1.2.1. Organización de Naciones Unidas para la Educación (UNESCO).

A) Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

Aprobada en 1960 por la Conferencia de la Organización de Naciones Unidas para la Educación (UNESCO).

Por medio de esta Convención los miembros de la UNESCO convienen en su artículo 5 letra C en reconocer "a los miembros de las minorías el derecho de ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma". La Convención ~~enseguida~~ enumera las circunstancias en que el derecho establecido puede ejercerse.

B) Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.

Aprobada por la Conferencia de esta entidad en el año 1978. A pesar de tener el caracter de una declaración, es un documento de gran interés para los pueblos indígenas.

Su artículo 1 parrafo 2 dispone: "Todos los individuos o grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna practica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema de racismo."

1.2.2. Organización Internacional el Trabajo (OIT).

Su labor en relación con los pueblos indígenas se remonta a 1921, año en que esta entidad inició sus estudios sobre los "trabajadores indígenas".

Sus estudios sobre la materia se han traducido en importantes convenios, entre los cuales cabe destacar:

- Núm. 50, relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas, adoptado en 1936;
- Núm. 64, relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, adoptado en 1939;
- Núm. 65, relativo a las sanciones penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato de trabajo adoptado en 1939;
- Núm. 86, relativo a la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, adoptado en 1947;
- Núm. 104, relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, adoptado en 1955, con la siguiente explicación: "Considerando que ha llegado el momento de abolir dichas sanciones penales, cuyo mantenimiento en una legislación nacional es contrario no sólo a la concepción moderna de las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores, sino también a la dignidad humana y a los derechos del hombre".
- Y finalmente el número 107 del año 1957 sobre "Protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes".

Debido a la amplitud de las temáticas abordadas en él (consta de 37 artículos divididos en 6 capítulos que tratan sobre principios generales, tierras, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social y sanidad, educación y medios de información, administración y disposiciones generales), y a su vasta aplicación desde entonces hasta la fecha (ha sido ratificado por 27 países de la O.I.T, entre ellos 14 americanos), este convenio fue considerado como el más importante sobre la materia hasta su revisión por el Convenio N 169 en 1989. ⁽⁶⁾

Su carácter etnocéntrico (habla de poblaciones tribuales o semitribuales que se encuentran en "etapas menos avanzadas" que la alcanzada por otros sectores por la colectividad nacional) y asimilacionista (habla de la necesidad de integrar progresivamente a estas poblaciones en la vida de sus respectivos países), motivaron a la O.I.T. a convocar en 1986 a una reunión de expertos para ver la posibilidad de modificarlo, adaptando sus disposiciones a la

⁶ No ha sido ratificado por Chile.

tendencia moderna de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

El proceso de revisión de este convenio concluyó en 1989 con la aprobación del Convenio Nº 169 sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes". Debido a la importancia que este nuevo Convenio tiene en la actualidad , analizaremos su gestación y contenido en un capítulo específico dedicado a el.

1.2.3. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

Organo del Consejo Económico Social (ECOSOC) de N.U., ha desarrollado una vasta labor en defensa de los pueblos indígenas entre la cual merece destacar:

A) Estudio sobre la discriminación en contra de la población indígena elaborada por el Relator especial Hernán Santa Cruz (publicado por la N.U. en 1971).

B) Estudio del problema de la discriminación de los pueblos indígenas preparado por el Relator especial José Martínez Cobo (publicado por N.U. en 1987).

Es el estudio más completo que se ha hecho sobre pueblos indígenas hasta ahora. Consta de IV volúmenes en los que se aborda la situación de los pueblos indígenas desde diversos puntos de vista. Su elaboración duró más de 10 años.

C) Labor desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas creado por resolución 2 (XXXIV) en 1981 por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías (ratificado en 1982 por resolución de 1982/19 y 1982/34 de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo Económico Social de la N.U. respectivamente) con el objetivo de examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y prestar atención especial a la elaboración de normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas.

Este Grupo, compuesto de cinco expertos provenientes de cinco regiones geográficas del mundo, se reúne en sesiones anuales de trabajo con la participación de representantes de organizaciones indígenas de todo el mundo.

Gran importancia reviste el trabajo desarrollado por este grupo desde hace años en la preparación de una "Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" cuyo texto debe ser sometido

proximamente (probablemente en 1992) a la Asamblea General para su aprobación. ⁽⁷⁾

A instancias de este grupo la Asamblea General de Naciones Unidas decidió, recientemente, proclamar el año 1993, como el "Año Internacional de las Poblaciones Indígenas".

2. Documentos aprobados por la Organización de Estados Americanos (OEA).

Al igual que en el ámbito de Naciones Unidas, no existen hasta la fecha documentos específicos relativos a los pueblos indígenas en el ámbito de la OEA. Sin embargo, tanto la Carta constitutiva de esta entidad como las convenciones sobre derechos humanos, contienen disposiciones que son aplicables a estos pueblos.

A continuación analizaremos estos en particular:

A). La Carta de la OEA.

Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en el año 1948. Entre sus normas cabe mencionar en relación a los pueblos indígenas las siguientes:

- El artículo 3 letra j que señala: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo".
- El artículo 43 letra a) que establece: "Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica".
- El artículo 101 letra d) que establece como fines del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura; que tendrá como atribuciones: "Recomendar y favorecer la adopción de programas educativos especiales orientados a la integración de todos los sectores de la población en las respectivas culturas nacionales".
- El mismo artículo en su letra i) establece como función de este Consejo: "Auspiciar la cooperación y la asistencia técnica para

⁷ El contenido de este proyecto de Declaración es bastante semejante al del convenio 169 de la OIT en cuanto reconoce a los pueblos indígenas un conjunto de derechos de carácter colectivo tales como identidad, cultura, participación y tierras.

proteger, conservar y aumentar el patrimonio cultural del Continente".⁽⁸⁾

B. Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

Aprobada en Bogotá en 1948. Entre sus disposiciones cabe destacar el artículo 2 que establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

C. La Carta Interamericana de Garantías Sociales.

Aprobada en Bogotá en 1948, establece en su artículo 39 que:
"En los países en donde existe el problema de la población aborigen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualquiera otra fuente de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños."

D. Otros Documentos Internacionales

Con posterioridad a la aprobación de estos documentos internacionales la O.E.A. ha aprobado tres nuevos instrumentos; el Protocolo de Buenos Aires de 1967 que informa la Carta de la O.E.A., la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Ninguno de ellos contiene una referencia específica sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸ Ratificada por Chile en 1953.

Se debe señalar en relación a la OEA, sin embargo, que por resolución de su Asamblea General aprobada en noviembre de 1989, este organismo ha encomendado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico relativo a "los derechos de las poblaciones indígenas" con miras a que pueda ser adoptado en 1992. ⁽⁹⁾

- El Instituto Indigenista Interamericano.

Cabe destacar finalmente dentro del sistema interamericano de derechos humanos la existencia del Instituto Indigenista Interamericano creado por acuerdo de los gobiernos americanos en México en 1940 e incorporado como un organismo especializado de la O.E.A en 1953 por decisión del Consejo esta última entidad.

Entre las principales funciones de esta entidad está la de actuar como comisión permanente de los Congresos Indigenistas Americanos y ejecutar las resoluciones de éstos, solicitar y distribuir la información científica y legislativa sobre los pueblos indígenas y orientar sus organizaciones cuando lo soliciten, preparar técnicos y especialistas en asuntos indígenas, etc..

A través de sus actividades, en particular los 10 Congresos realizados hasta la fecha, el Instituto ha desarrollado una intensa y fructífera labor en favor de los pueblos indígenas de América, influyendo de un modo importante en la creación de instancias nacionales para el desarrollo de las políticas indígenas y en la modificación de los ordenamientos jurídicos internos de los países del continente a efectos de reconocer sus derechos y los de sus pueblos.

III. EL CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, Nº 169 DE LA OIT.

Durante las últimas décadas, desde la aprobación del Convenio No 107 hasta la fecha, se ha venido consolidando a nivel internacional un movimiento indígena que ha venido exigiendo el reconocimiento, para sus pueblos, de un conjunto de derechos de carácter colectivo hasta ahora desconocidos; el derecho a ser reconocidos como tales, el derecho a decidir sobre su propio futuro, el derecho a participar en las políticas, planes y programas que les afecten, el derecho a la tierra y a los territorios en que habitan, el derecho a mantener

⁹ Hasta la fecha se ha verificado una reunión de expertos convocada por el IIDH para la elaboración de este instrumento, siendo poco probable que esta pueda ser elaborado y aprobado por la OEA en una fecha tan próxima como 1992.

su identidad y a desarrollar sus culturas, lenguas y religiones, entre otros.

Paralelamente, la doctrina y práctica de derechos humanos ha ido evolucionando en el mismo período, profundizando el reconocimiento y desarrollo, junto a los derechos civiles y políticos clásicos de carácter fundamentalmente individual tales como el derecho a la vida, a la seguridad, y al ejercicio de las libertades públicas (derechos de la primera generación), de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales de carácter eminentemente colectivos, tales como el derecho al trabajo y a la seguridad social, el derecho a la vivienda y a la educación (derechos de la segunda generación), y más tarde, de una serie de nuevos derechos también de carácter colectivo tales como el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente y el derecho a la paz (derechos de la tercera generación).

Ello se ha traducido en que los indígenas, además de ser concebidos como sujetos de derechos individuales, tales como la igualdad ante la ley y la no discriminación, han pasado a ser sujetos de un conjunto de derechos económicos, sociales, culturales y políticos de carácter colectivo.

Conciente de esta situación y de la necesidad de adaptar las disposiciones de este Convenio a las demandas y tendencias actuales, la OIT convocó en 1986 a una reunión de expertos a objeto de estudiar su revisión. A contar de esa fecha dicha entidad desarrolló un proceso de consultas y reuniones con las distintas instancias de los Estados que la integran (~~gobiernos, empleadores y trabajadores~~), así como con organizaciones representativas de los pueblos indígenas que habitan en éstos, a objeto de lograr su participación en la revisión del Convenio.⁽¹⁰⁾

Dicho proceso culminó en Ginebra en el mes de junio de 1989 con la aprobación por la OIT en su 76 Conferencia Anual de un nuevo Convenio Internacional relativo a los pueblos indígenas, el Convenio No 169 que lleva por título "Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes".⁽¹¹⁾

¹⁰ Las organizaciones indígenas acreditadas ante la OIT tuvieron derecho a participar de la discusión del nuevo Convenio pero no tuvieron derecho a voto para la adopción de sus resoluciones.

¹¹ El Convenio No 169 fue aprobado por un total de 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones. Entre los votos favorables a este convenio se cuenta el del entonces representante de los trabajadores de Chile, Sr. Hernán Medina Gálvez, en tanto que entre las abstenciones se cuentan las de los representantes del gobierno chileno, Srs. Lazo Rodríguez y Escobar Cerda.

CONTENIDO DEL CONVENIO 169.

A pesar de los defectos de que el nuevo Convenio pueda adolecer, este constituye sin duda un avance sustancial en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. A través de sus disposiciones se recogen aspiraciones y demandas que éstos habían venido planteando en el ámbito nacional e internacional durante las últimas décadas, teniendo siempre presente los intereses de los Estados que concurrieron a su aprobación.

Por la importancia que reviste este Convenio, analizaremos su contenido en forma particular.

A grandes rasgos, podemos resumir los aspectos más relevantes de dicho Convenio en los siguientes:

1. RECONOCIMIENTO A LOS INDIGENAS DE SU CARACTER DE PUEBLOS

Este reconocimiento es el producto de un largo debate sobre el punto y se manifiesta en el nombre que lleva el Convenio (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes), en su artículo 1 No 1 que establece a quienes se aplican sus disposiciones y a lo largo de todo su articulado.⁽¹²⁾

La utilización del termino "pueblos" viene a sustituir la antigua terminología de "poblaciones" utilizada por el Convenio 107, lo que según la Oficina de la OIT tendría por objeto consolidar el reconocimiento del derecho de esos grupos a su identidad y como prueba escencial de un cambio de orientación hacia un mayor respeto por sus culturas y modalidades de vida y tender hacia la adopción de una terminología común uniforme en la materia (en otros organismos de Naciones Unidas se utiliza el término "pueblos").⁽¹³⁾

¹² Es importante señalar que el artículo 1 No1 del Convenio hace un esfuerzo por definir conceptualmente a los pueblos indígenas y tribales al establecer que sus disposiciones se aplican: 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"; y b) "a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o 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 sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas". Es en este segundo caso, sin duda, que se encuentran los pueblos indígenas de América y de Chile.

¹³ O.I.T., Informe IV (2a), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (num. 107). Oficina OIT, Ginebra, Suiza, 1989.

Es importante observar con respecto a este punto lo dispuesto en el No 3 del mismo artículo en el sentido de que la utilización de este término en el 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".

A través de esta cláusula, la OIT viene a resolver la cuestión de la aplicabilidad del derecho a la libre determinación consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas a los pueblos indígenas, impidiendo de esta manera a dichos pueblos valerse de este Convenio para reclamar este derecho.⁽¹⁴⁾

2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A DECIDIR SUS PRIORIDADES EN LO QUE ATÁÑE A SU DESARROLLO ECONOMICO SOCIAL Y A PARTICIPAR EN LOS PLANES Y PROGRAMAS DE DESARROLLO NACIONAL SUCEPTIBLES DE AFECTARLES.

A objeto de eliminar la orientación asimilacionista del convenio anterior, el texto del nuevo Convenio reconoce en su Preámbulo las aspiraciones de los pueblos indígenas de "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico...dentro del marco de los Estados en que viven".

Este reconocimiento, presente a través de todo el texto del Convenio, se expresa particularmente en su artículo 7 Nº 1 que establece el derecho de los pueblos indígenas a "decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo...", y a "~~controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo~~ económico, social y cultural".

El mismo artículo especifica los alcances de este derecho al disponer que estos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Lo mismo hace el artículo 6 Nº 1 al establecer una serie de obligaciones para los gobiernos en relación a estos pueblos, tales como la consulta a los mismos a través de sus instituciones representativas cuando se prevean medidas que puedan afectarles, el establecimiento de medios a través de los cuales estos puedan participar en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernen, y el establecimiento de medios para el desarrollo de sus instituciones e iniciativas.

¹⁴ Con respecto a esta materia, es importante señalar que la Oficina de la OIT señala que la resolución de este punto no es de su competencia, y por lo tanto, no debe ser abordada en este Convenio. O.I.T., Informe IV (2a), Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (num. 107). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1989.

La importancia que el Convenio otorga a la participación de los pueblos indígenas queda de manifiesto en la aclaración establecida en su artículo 6 N° 2 que señala que " 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."

3. EL DERECHO A MANTENER Y A FORTALECER SUS IDENTIDADES, LENGUAS Y RELIGIONES.

Revirtiendo también la orientación del Convenio anterior en esta materia, el nuevo Convenio reconoce en su Preamble el derecho de los pueblos indígenas "a mantener y a fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

A lo largo de su texto se tiende a valorar la identidad y la cultura propia de los pueblos indígenas y a establecer los mecanismos para su protección y desarrollo. Así, en sus disposiciones el Convenio establece que la conciencia de la identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar a los grupos a los que se aplica este Convenio (artículo 1 N° 2), señala que al aplicarse sus disposiciones deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales religiosas y espirituales propias de dichos pueblos (artículo 5), reconoce la validez de la costumbre o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, estableciendo la obligación de los Estados de tener debidamente en consideración este derecho al aplicar la legislación nacional a estos pueblos, y la posibilidad de que este sea implementado en ciertas circunstancias por los indígenas cuando este no sea contrario al sistema jurídico nacional y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículos 8, 9 y 10), dispone que los programas de educación destinados a estos pueblos deberán desarrollarse y aplicarse con el fin de responder a sus necesidades y deberán abarcar su historia, conocimientos, técnicas, valores y aspiraciones (artículo 27), y establece que en las escuelas para niños indígenas deberá enseñarse a estos a leer y a escribir en su propia lengua (artículo 28).

4. RECONOCIMIENTO Y PROTECCION DE LOS DERECHOS SOBRE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS.

El reconocimiento y protección de los derechos sobre sus tierras y territorios ancestrales ha sido históricamente una de las aspiraciones más sentidas de los pueblos indígenas. La importancia que estas tienen para ellos, así como para los Estados miembros de la OIT (para estos últimos particularmente por las riquezas y recursos naturales que en ellos pueda existir), determinaron que este

fuese uno de los puntos más controvertidos en el proceso de elaboración del nuevo Convenio.

La forma como el texto resolvió los conflictos de posición existentes con respecto a este punto no dejó satisfechos a muchos representantes indígenas que participaron de este debate. Con todo las disposiciones del Convenio 169 sobre esta materia constituyen un avance sustancial en el resguardo y protección de los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y territorios, especialmente si se toma en consideración el Convenio anterior y el escaso nivel de protección de las mismas alcanzado por los ordenamientos jurídicos internos de una gran cantidad de países.

El Convenio dedica un capítulo completo (Parte II) al tratamiento de este punto. Allí, se reconoce la relación especial que los indígenas tienen con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular, los aspectos colectivos de esta relación (artículo 13). ⁽¹⁵⁾

Se reconoce además el derecho de propiedad y posesión que estos tienen sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, estableciéndose que en los casos apropiados deberán tomarse por los gobiernos 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 acceso para sus actividades tradicionales de subsistencia (artículo 14 Nº 1).

Para estos efectos se establece la obligación de los gobiernos de los Estados Parte de "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 o posesión" (artículo 14 Nº 2) y de instituir "procedimientos adecuados dentro del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (artículo 14 Nº 3).

Se establece además que los derechos de estos pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, comprendiéndose en ellos el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15 Nº 1).

Uno de los puntos más debatidos en este capítulo fue el de la prospección o explotación de los minerales o recursos del subsuelo ubicados en tierras indígenas. Muchas de las organizaciones indígenas

¹⁵ El Nº 2 del artículo 13 establece que el término "tierras" deberá incluir el concepto de "territorios", que " cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera", en el artículo 15 relativo a los recursos naturales y del subsuelo y en el artículo 16 relativo a la prohibición de traslado de estos pueblos.

2
que participaron de la discusión del nuevo texto del Convenio postulaban la necesidad de que dichos recursos, cuando estuviesen ubicados en sus tierras, fuesen reconocidos en propiedad a los indígenas. Sin embargo, dado que los ordenamientos jurídicos de la mayor parte de los países del mundo establecen que la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo pertenece al Estado, el texto del nuevo Convenio recogió la opinión mayoritaria de los representantes gubernamentales participantes en este debate al señalar que en caso de que la propiedad de estos recursos pertenezca al Estado, los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos en cuestión, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Además, establece que estos pueblos 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 (artículo 15 Nº 2).

El Convenio estipula además que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras o territorios que ocupan, y cuando excepcionalmente el traslado de los mismos se considere necesario, éste solo deberá efectuarse con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16 Nº 1 y 2).

Finalmente el Convenio establece una serie de disposiciones tendientes a garantizar los derechos de los indígenas sobre sus tierras, tales como la que establece la necesidad de que las modalidades de transmisión de los derechos de la tierra entre los miembros de estos pueblos sean respetadas (art. 17 Nº 1) y la que establece la obligación de los Estados Parte de consultar a estos pueblos cuando se trate de su capacidad de enajenar sus tierras (17 Nº 2).

5. RECONOCIMIENTO, PROTECCION y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Una de las preocupaciones centrales de este Convenio es lograr un respeto más efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Para nadie resulta desconocido el hecho de que estos pueblos y sus integrantes son objeto de discriminación en la mayor parte de los Estados en que viven, y por lo mismo, generalmente no pueden ejercer sus derechos fundamentales en la misma medida que el resto de la población que en ellos habita.

Como normas generales en relación a esta materia, el Convenio establece que "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" (artículo 2 Nº 1), y dispone que estos pueblos "deberán gozar plenamente de los

derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación" (artículo 3 Nº 1).

Entre las acciones que los gobiernos deben desarrollar para lograr estos objetivos se cuentan aquellas 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 y que promuevan la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los mismos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones (artículo 2 Nº 2).

Particular importancia otorga el nuevo Convenio a los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. Ello no debe resultarnos extraño si consideramos que la OIT es un organismo de protección y promoción de los derechos vinculados al trabajo, y que su preocupación por la problemática indígena estuvo inicialmente relacionada con la protección de los trabajadores indígenas.

Las normas específicas de protección, y promoción de estos derechos están contenidas en la Parte III, IV, V y VI del Convenio que tratan sobre contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social y salud y educación y medios de comunicación respectivamente.

El hecho de que se haya dedicado cuatro de los diez capítulos del Convenio a la regulación de estos derechos, asignando a los gobiernos que lo ratifiquen obligaciones precisas para la materialización de estos derechos ~~es una demostración evidente de la importancia que el mismo asigna a esta materia.~~

6. DISPOSICIONES FINALES.

En las disposiciones finales del Convenio 169 (Parte X) se establece que este entrará en vigencia doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Estados hayan sido registradas ante la Oficina de la OIT. Desde dicho momento, el Convenio 169 entrará en vigor para cada Estado miembro doce meses después de que haya sido registrada su ratificación.⁽¹⁶⁾

A partir de la fecha de vigencia del nuevo Convenio, el Convenio 107 dejará de estar abierto a la ratificación de los Estados miembros de la OIT, siguiendo vigente solo para los Estados que habiéndolo ratificado, no ratifiquen el nuevo Convenio.

¹⁶ El Convenio ha sido ratificado a la fecha por Noruega y México. El gobierno chileno lo envió al Congreso para su aprobación en Enero de 1991.

Es importante señalar, por último, que la misma Conferencia Internacional de la OIT que adoptó el nuevo Convenio, aprobó por unanimidad la denominada "Resolución sobre la Acción de la OIT Concerniente a los Pueblos Indígenas y Tribales", mediante la cual se insta a los Estados Miembros a considerar la ratificación del Convenio revisado a la mayor brevedad posible y a cumplir con las obligaciones establecidas en él, y se invita a los gobiernos a cooperar a este efecto con las organizaciones e instituciones de los pueblos interesados.

CONCLUSIONES

Del análisis de los documentos internacionales antes señalados podemos concluir:

1. Desde la aprobación de los primeros instrumentos internacionales aplicables directa o indirectamente a los indígenas y a quienes los integran a comienzos de este siglo hasta la fecha se ha verificado un avance sustancial en el reconocimiento de sus derechos en el ámbito internacional.
2. Dichos instrumentos han ido reconociendo cada vez más la especificidad de la problemática indígena, diferenciándola de la de las denominadas "minorías étnicas" o de otros sujetos del derecho internacional, reglamentando una serie de derechos específicos para éstos y sus pueblos.
3. Los mismos, sin abandonar la protección para los indígenas de los derechos humanos individuales reconocidos en las Declaraciones de Derechos Humanos de la ONU y la OEA en la década del 40, han ido profundizando en el reconocimiento y regulación de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y políticos de carácter colectivo, cuyos sujetos son los pueblos indígenas en su conjunto.
4.  No obstante ello, todos estos instrumentos, sin excepción alguna, han establecido que dichos derechos deben ejercerse dentro del marco de los Estados en que estos pueblos habitan y en ningún caso darán derecho a estos pueblos para ejercer el derecho a la libre determinación reconocido en otros instrumentos internacionales (Pactos Complementarios a la Declaración Universal de Derechos Humanos de N.U.).
5. El proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas en el ámbito internacional está aún en plena evolución. Demostración de ello es que, fuera del convenio Nº 169 de la OIT, hoy se están preparando para ser aprobados en un futuro próximo dos instrumentos internacionales sobre la materia, uno en el ámbito de Naciones Unidas y otro en el ámbito de la OEA.

6. El reconocimiento por estos instrumentos de los derechos de los pueblos indígenas ha tenido una importante repercusión en los últimos años en la modificación de los ordenamientos jurídicos internos de los países en que éstos pueblos viven. Ellos han incidido de un modo directo en la reforma de las legislaciones sobre la materia en diversos países, e incluso, en el desarrollo de un proceso de reconocimiento de sus derechos en los ordenamientos constitucionales de una serie de países (Brasil, Nicaragua, Canadá y México, por mencionar algunos en el ámbito americano).
7. Chile no ha estado ajeno a esta tendencia. Es así como en el último tiempo se ha sometido al Congreso la aprobación del Convenio Nº 169 de la OIT y se prepara para ser enviado al parlamento un proyecto de ley de reconocimiento, protección y promoción de los pueblos y comunidades indígenas del país.
8. Al cumplirse 500 años de la llegada del europeo a tierras americanas, se da en Chile y América entera un contexto muy propicio para avanzar en el establecimiento de relaciones más justas y respetuosas entre estos pueblos y los Estados, siendo el reconocimiento legal y Constitucional de sus derechos, un paso fundamental en esa dirección.

Agosto 1991.