

EN TORNO AL DERECHO DE LOS INDÍGENAS

Dr. José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES *

I. NOTA INTRODUCTORIA

En virtud de la atenta invitación del doctor Sergio García Ramírez, damos a conocer este pequeño *dossier* sobre derecho indígena, por conducto de la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Pretendemos difundir, así, los avances de nuestro proyecto de investigación sobre cuestión indígena, vista desde una perspectiva socio-jurídica.

Compartimos la elaboración de este estudio con nuestros cercanos colaboradores: los doctores Diego Iturralde y Jorge Dandler, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo, respectivamente.

La problemática enunciada aquí constituye, en nuestra América, un indicador del grado que asume la desigualdad social que deja de lado la efectivización de los derechos fundamentales de los más débiles en términos económicos, sociales, culturales, jurídicos y, principalmente, étnicos.

II. DERECHO HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIOS

Los derechos humanos de los pueblos indígenas se inscriben en el denominado Derecho social y más contemporáneamente en los derechos de "solidaridad". Como antecedentes históricos encontramos su génesis en la Constitución francesa del 4 de noviembre de 1848, dictada en medio del fervor popular por la "República Social", en medio del cambio del sistema económico-liberal burgués (un paso adelante al estado gendarme). Se insiste en los principios de libertad, igualdad y fraternidad, se avanza, que su fundamentación es la familia, el

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

trabajo, la propiedad privada y el orden público, la Constitución francesa eleva la categoría del trabajo a una categoría del deber ciudadano.¹ Aquí un antecedente que reconoce no bondades sino luchas de los trabajadores franceses. Pero sin duda, es México de principios de siglo *La Revolución Mexicana*, las luchas de los campesinos mexicanos, el ideario político de Zapata el que plasma los principios del llamado *Derecho social*, desde el plan de Ayala hasta su consagración Constitucional en Querétaro (Constitucionalismo social).² Estos principios son recogidos en la Constitución de Weimar (Alemania) en 1919. Pero significativamente es producto de las reivindicaciones de un pueblo construidas en un proceso revolucionario, que aspira a la justicia social "Tierra y Libertad".³ Los aportes mexicanos, son innegables tanto en el Derecho agrario, de seguridad social y Derecho laboral. Su nota característica, al decir de los especialistas, la primera en incorporar normas de contenido social.⁴ Lamentablemente cierta carga positivista en el desarrollo del Derecho mexicano, su visión cargadamente mestiza no permitió avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en forma expresa y hoy se ha tornado preocupación ciudadana; el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se ha propuesto significar y desarrollar en el amplio campo de sus actividades investigadoras.

En términos históricos en la Constitución guatemalteca de 1945 la primera en regular la cuestión indígena y Panamá la primera en reconocer autonomía a los "pueblos étnicos" el caso de los Kunas a quienes en el año de 1925 como fruto de la denominada "Revolución de Tule" se les concedió. El proyecto más avanzado por ahora el de Nicaragua, con la autonomía de los pueblos de la Costa Atlántica.

¹ VÁZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *Los Derechos como normas universales Juris Gentium*. En *Derechos Humanos en las Américas*. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA, Washington, D. C., 1984, p. 13.

² Entre los autores que trabajan el denominado Constitucionalismo Social, tenemos: Boris Mirkine-Guetzevite, Carlos García Oviedo, José Gascón y Marín, César Enrique Romero, Sergio García Ramírez, Pablo Lucas, Manuel García Pelayo, Jorge Sayeg Helú, Jorge María García Laguardia, Jorge Carpizo, entre otros en Europa y América Latina.

³ ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. *La Cuestión Agraria y los Derechos Humanos*. *Crítica Jurídica* No. 8. Universidad Autónoma de Puebla, México, 1988.

⁴ CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge. *Derecho Constitucional* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1983, pp. 14 y 15. CARPIZO, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. UNAM, México, 1980, pp. 93-105. RODRÍGUEZ, Jesús. *Derechos Humanos Investigaciones Jurídicas*. UNAM, México, 1981.

Experiencias de tomar en cuenta, las nuevas Constituciones de Brasil, Guatemala y Perú.⁵

En el campo de la historia del Derecho Hispanoamericano colonial, fruto de las polémicas de los defensores religiosos de los indígenas es significativa la denominada "Carta Magna de los Indios" realizada por el Sacerdote Francisco de Vitoria y la "Carta de Derechos Civiles y Políticas" (*de regia potestate*) de Fray Bartolomé de las Casas.⁶

Pero en los últimos años, los llamados derechos de los pueblos han cobrado una importancia cada vez mayor dentro del Derecho internacional, en cuanto ejemplo único en ese grupo de derechos no basados en Estados, sino, más ampliamente, en comunidades humanas aparentemente distintas a los Estados. En particular, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 ha significado un nuevo momento para el desarrollo de los nuevos derechos colectivos de los pueblos. En sus artículos 19 a 24, esta Carta hace una relación de un número sin precedentes de derechos de los pueblos, empezando por un derecho a la igualdad y terminando con un "derecho a un medio ambiente sano satisfactorio en general". A nivel internacional, se pueden percibir procesos similares. El derecho al desarrollo, cuyo reconocimiento y elaboración son el resultado de las demandas de hace algunos años por parte de los países del Tercer Mundo, fue asignado en 1979 por la resolución 34/64 de la Asamblea General de la ONU,⁷ significativos los esfuerzos de la Fundación *Lelio Basso* gracias a la cual se elaboró en Argel, en 1976, una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos. Los trabajos de UNESCO en México, 1980, el Seminario sobre Cultura y Pensamiento, en Argel en 1981, convocado por la Universidad de las Naciones Unidas y el Gobierno de Argel; la reunión de FLACSO-UNESCO sobre etnocidio y etnodesarrollo en 1982; la inclusión para su estudio (Derecho indígena) en los

⁵ VER: STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. *Constitución y Derechos Étnicos, México-Centroamérica*. Aspectos Nacionales e Internacionales sobre Derecho Indígena. IJ-UNAM, 1991, pp. 191-231.

⁶ PEREÑA, Luciano. *Carta Magna de los Indios*. Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, 1987. (Cátedra V Centenario). *Bartolomé de las Casas de regia potestate o derecho de autodeterminación* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1984. (Edición corregida y aumentada).

⁷ TOMUSCHAT, Cristian. *Los Derechos de los Pueblos-Consideraciones sobre Derecho Internacional* Universitas. Revista Trimestral Alemana, Stuttgart. Vol. XXV, No. 2, 1987, pp. 65 y 66.

cursos anuales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica y los esfuerzos que viene haciendo la Academia Mexicana de Derechos Humanos.

Es conveniente hacer constancia de los esfuerzos de las organizaciones indígenas no gubernamentales de México que se han hecho presentes en la elaboración y propuestas sobre una Declaración Universal de los Derechos Indígenas, a nivel de ONU en Ginebra.⁸

Resulta importante rastrear los resolutivos de los IX Congresos Indigenistas Interamericanos, en especial el último celebrado en Santa Fe, Nuevo México, Estados Unidos, donde se tomaron importantes resolutivos en materia de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, destacando entre los informes, los del experto de Naciones Unidas, el abogado guatemalteco Augusto Willensem Díaz y del Antropólogo mexicano, Guillermo Bonfil Batalla.⁹

Para algunos analistas, a partir del VIII Congreso, celebrado en Mérida, México, (1980) se dan nuevas políticas indigenistas.¹⁰ Frente a ese optimismo Continental, para algunos países como Guatemala, son los años más graves de instauración de políticas etnogenocidas de las dictaduras militares.

Finalmente, otro esfuerzo es el que se ha denominado "Los indígenas y los espacios legislativos" para cuyo efecto se viene implementando el "Parlamento Indígena de América Latina" que ha celebrado hasta el momento cuatro encuentros, el primero del 26 al 29 de agosto de 1987 en la Ciudad de Panamá; Nicaragua, agosto de 1988; México, octubre de 1989; Guatemala, octubre de 1990¹¹ y Canadá, 1991.

⁸ Ver dossier: *Declaración de Principios sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Propuestas de ONGS Indígenas no Gubernamentales*. Revista Guchachi'Resa (iguana rajada) No. 25. Oaxaca, México, diciembre de 1985. ORDÓÑEZ CIFUENTES, José. *La Cuestión Étnica en Mesoamérica y los Derechos Humanos*. Revista Justicia, Procuraduría General de la Nación, México, 1988.

⁹ Anuario Indigenista. Vol. XLV. México, 1985.

¹⁰ BARRÉ, Marie Chantal, *Políticas Indígenas y reivindicaciones indias en América Latina 1940-1980*. En América Latina: Etnodesarrollo y Etnocidio. FLACSO-UNESCO, Costa Rica, 1981, pp. 39 y ss.

¹¹ Ver *Los Indígenas y los espacios legislativos*. Relación del II Encuentro. Anuario Indigenista. Vol. XLVIII, México, 1988, pp. 33-37.

III. *LAS DEMANDAS INDÍGENAS Y LOS DERECHOS HUMANOS*

Dr. DIEGO ITURRALDE *

Hay cinco conjuntos de asuntos que constituyen al mismo tiempo la base de las demandas de los pueblos indígenas, y los principales puntos de relación entre estos y los estados nacionales. Estos conjuntos podrían ser propuestos en el futuro como los derechos materia del instrumento y, por tanto, de una agenda de consulta.

a. Reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas como sujetos específicos al interior de la nación; de los derechos originarios que como a tales les corresponde; y, de las obligaciones de los estados y gobiernos de garantizar su ejercicio y desarrollar la legislación pertinente.

b. Establecimiento del derecho de los pueblos a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento; de manera especial a la conservación, recuperación y ampliación de las tierras y territorios que han ocupado tradicionalmente. Este derecho incluye la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, y la conservación de las calidades del habitat. Deberá ser asegurado tanto dentro del régimen de propiedad individual y colectiva, como mediante el desarrollo de nuevos sistemas normativos adecuados.

c. Instrumentación del derecho al desarrollo material y social de los pueblos indígenas, incluyendo: el derecho a definir sus propias alternativas e impulsarlos bajo su responsabilidad; el derecho a participar en los beneficios del desarrollo nacional en una medida que compense los déficits históricamente establecidos; y el derecho a tomar parte en el diseño y ejecución de los objetivos nacionales de desarrollo. El patrimonio tecnológico indígena enriquecido con los avances científicos y técnicos de la humanidad, deberá integrar las nuevas estrategias de desarrollo de toda la sociedad, reconociéndose así su capacidad secular para desarrollar una relación armónica con la naturaleza.

d. Afianzamiento del derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas, a su crecimiento y transformación; así como a la incorporación de sus lenguas y contenidos culturales en los modelos educativos

* Asesor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

CUADRO I
POBLACIÓN INDÍGENA EN AMÉRICA

(en millones de habitantes)

	<i>Paises</i>	<i>Población nacional</i>	<i>Población indígena</i>	<i>%</i>
Más del 40%	1. Bolivia	6.9	4.9	71.00
	2. Guatemala	8.0	5.3	66.00
	3. Perú	20.0	9.3	47.00
	4. Ecuador	9.5	4.1	43.00
		44.4	23.6	53.00
Del 5% al 20%	5. Belice	0.15	0.029	19.00
	6. Honduras	4.8	0.7	15.00
	7. México	85.0	12.0	14.00
	8. Chile	12.0	1.0	8.00
	9. El Salvador	5.5	0.4	7.00
	10. Guyana	0.8	0.045	6.00
	11. Panamá	2.2	0.140	6.00
	12. Surinam	0.5	0.030	6.00
	13. Nicaragua	3.5	0.160	5.00
		114.45	14.504	13.00
Del 1% al 4%	14. Guyana Francesa	0.1	0.004	4.00
	15. Paraguay	3.5	0.100	3.00
	16. Colombia	30.0	0.6	2.00
	17. Venezuela	18.0	0.4	2.00
	18. Jamaica	2.4	0.048	2.00
	19. Puerto Rico	3.6	0.072	2.00
	20. Trinidad y Tobago	0.010	0.0002	2.00
	21. Dominica	0.082	0.002	2.00
	22. Costa Rica	2.7	0.035	1.00
	23. Guadalupe	0.36	0.004	1.00
	24. Barbados	0.28	0.003	1.00
	25. Bahamas	0.25	0.003	1.00
	26. Martinica	0.10	0.001	1.00
	27. Antigua y Barbados	0.075	0.001	1.00
	28. Argentina	30.0	0.350	1.00
		91.457	1.6232	2.00
Del 0.01% al 0.9%	29. Brasil	140.0	0.3	0.20
	30. Uruguay	2.5	0.0004	0.016*
		142.5	0.3004	0.21

31. Canadá	25.0	0.350	1.40
32. Estados Unidos	245.0	1.6	0.65
	270.0	1.950	2.00
Total General	662,807.700	41,977.600	6.33

CUADRO II

POBLACIÓN INDÍGENA POR REGIONES EN
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*(en millones de habitantes)*

<i>Regiones</i>	<i>Población indígena</i>	<i>%</i>
1. MESOAMÉRICA: (México, Centroamérica y Panamá)	18.73	47.15
2. ANDINA: (Incluye norte de Chile y excluye la Amazonia de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela)	17.32	43.60
3. AMAZONIA: (Brasil y sectores de Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela)	2.15	5.42
4. CONO SUR: (Argentina, Paraguay, Uruguay y sur de Chile)	1.35	3.41
5. CARIBE: (Belice, Guyana, Guyana Francesa y Caribe Insular).	0.16	0.42
TOTAL:	39.71	100.00

La población indígena en Uruguay corresponde a una migración reciente del grupo ava-guaraní desde Paraguay.

Las cifras corresponden a una tasa de crecimiento acumulada de 38.9% para el periodo 1978-1988; tomando en cuenta tanto el crecimiento vegetativo y correcciones censales, como fenómenos de reasunción de identidades y reconstitución de etnias, e incorporando población indígena asentada en las ciudades, sin hacer distinciones por grados de aculturación.

Elaboración: Instituto Indigenista Interamericano y doctor Roberto Jordán Pando (consultor). Varias fuentes, a partir de las estimaciones para 1978 publicadas en *América Indígena*, Vol. XXXIX, núm. 2.

nacionales. Este derecho debe garantizar el acceso a los bienes culturales de la nación y la participación de los pueblos en la configuración de la cultura nacional. Es de especial importancia fomentar el uso de sus lenguas y asegurar sus contribuciones permanentes en campos como la tecnología, la medicina, la producción y la conservación de la naturaleza.

e. Establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posibles y seguros el ejercicio y la ampliación de los derechos antes señalados, dentro de la institucionalidad de los Estados. Para esto será necesario garantizar la representación directa de los pueblos en las instancias de gobierno, asegurar sus conquistas históricas y, legitimar sus formas propias de autoridad, representación y administración de justicia.

IV. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

JORGE DANDLER *

Al adoptar el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la 76a. Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, junio, 1989) observó que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, reconociendo sus aspiraciones a asumir el control de sus propias instituciones, de su forma de vida y de su desarrollo económico.

El nuevo convenio, que revisa normas anteriores de la OIT, especialmente el Convenio 107 (1957), se aplica a los pueblos indígenas de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y a aquellos pueblos de países independientes considerados indígenas por su descendencia.

Los conceptos básicos del convenio son respeto y participación. Respeto a la cultura, a la religión, la organización social y económica y la identidad propia: la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales (el Convenio 107 presumía su integración).

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá ser considerada como criterio fundamental para determinar los grupos interesados; en otras palabras, ningún Estado o grupo social tiene el derecho de

* Asesor de la Organización Internacional del Trabajo para asuntos indígenas (OIT).

negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena o tribal. La utilización del término "pueblos" en el nuevo convenio responde a la idea de que no son "poblaciones" sino pueblos con identidad y organización propia. Se aclara que la utilización del término "pueblo" en el nuevo convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga aplicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho internacional. Así se acotó toda interpretación susceptible que fuera más allá del ámbito de competencia de la OIT y de sus instrumentos.

Los gobiernos deberán asumir, con la participación de los pueblos interesados, la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad. Deberán adoptarse medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, sus bienes, su trabajo, su cultura y medio ambiente. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculo o discriminación. No deberá utilizarse ninguna forma de fuerza o coacción que viole estos derechos y libertades.

Al aplicar el convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que prevean medidas susceptibles de afectarles directamente y establecer los medios a través de los cuales puedan participar libremente en la adopción de decisiones en instituciones electivas y otros organismos. Estos pueblos también deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, cuando éste afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. Asimismo, se reitera el derecho de controlar, en 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.

El convenio refuerza las disposiciones que contenía el Convenio 107 respecto a la necesidad de que la legislación nacional y los tribunales tomen debidamente en consideración las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Se deberán respetar, por ejemplo, los métodos a los que estos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus propios miembros.

Sin duda, un aspecto especialmente importante del nuevo convenio es el capítulo sobre tierras. El convenio reconoce la relación especial que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. Se reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, se deberían tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Los derechos de esos pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente, comprendiendo el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El convenio estipula que los pueblos indígenas y tribales no deben ser trasladados de las tierras o territorios que ocupan. 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. 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. Deberán prevverse sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada a sus tierras.

El convenio incluye otros aspectos como la contratación y condiciones de empleo, formación profesional, promoción de artesanías e industrias rurales, seguridad social y salud, educación, contactos y cooperación a través de las fronteras.

Al mismo tiempo que la conferencia adoptó el nuevo convenio, aprobó por unanimidad una resolución que establece medidas a nivel nacional e internacional destinadas a apoyar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el referido convenio. La resolución resalta en este contexto la acción de la OIT.

Ahora se abre un importante proceso de ratificación por parte de los Estados miembros. Al ratificar el convenio, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el convenio. Asimismo, se compromete a informar periódicamente sobre su aplicación y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

El Convenio 169 entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Estados hayan sido registradas. A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio, 107 cesará de estar abierto a la ratificación por los Estados miembros. Por lo tanto, el Convenio 107 seguirá vigente sólo para los Estados miembros que, habiéndolo ratificado, no ratifique el nuevo convenio.