

MARÍA MICAELA GOMIZ - JUAN MANUEL SALGADO

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas

Su aplicación en el derecho interno argentino



Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas

**Convenio 169 de la O.I.T.
sobre Pueblos Indígenas
Su aplicación en el derecho interno argentino**

Salgado , Juan Manuel
Gomiz, María Micaela

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su
aplicación en el derecho interno argentino / Juan Manuel
Salgado; María Micaela Gomiz; -2a ed- Neuquén

408 pag; 21x15 cm

ISBN 978-87-91563-83-6

Diseño de Tapa: Viviana García
Maquetación 2º Edición: María Cecilia Medina

© JUAN MANUEL SALGADO
Segunda edición: 2010
Hecho depósito que marca la Ley 11.723
Impreso en Argentina



**OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS
DE PUEBLOS INDIGENAS**

Tierra del Fuego 572 - cp 83000 - Neuquén, Argentina

Tel: (54) 299 4486294 - Fax: (54) 299 4486294

E-mail: info@odhpi.org - Web: www.odhpi.org



**GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO
SOBRE ASUNTOS INDIGENAS**

Classensgade 11 E, DK 2100- Copenhagen, Dinamarca

Tel: (45) 35 27 05 00 - Fax: (45) 35 27 05 07

E-mail: iwgia@iwgia.org - Web: www.iwgia.org

María Micaela Gomiz
Juan Manuel Salgado

**Convenio 169 de la O.I.T.
sobre Pueblos Indígenas
Su aplicación en el derecho interno argentino**



Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Prólogo a la Segunda Edición

Desde el punto de vista del constitucionalismo, la trayectoria de los derechos sociales aparece como una buena metáfora acerca de cómo se ha pensado y considerado en la práctica, la cuestión social, en nuestro país. Ante todo, diría que los derechos sociales estuvieron fundamentalmente ausentes de la Constitución de 1853. Este hecho representa, de algún modo, una obviedad: las listas de derechos sociales comenzaron a aparecer, en las constituciones de Latinoamérica y del mundo, recién en el siglo xx –de modo pionero en México, 1917, y luego, en casi todo el resto de las Constituciones de la región, a mediados del siglo xx. Sin embargo, es importante anotar, desde ya, que en el siglo xix, es decir, cuando nacía nuestra primera Constitución, no sólo existían muchos y muy cruciales problemas sociales –pobreza, exclusión, desigualdad- sino también enfoques que proponían compromisos sociales más robustos que los que nuestra Constitución fue capaz de afirmar. Para tomar sólo un caso relevante: en los debates en torno a la Constitución mexicana de 1857 –una Constitución contemporánea a la nuestra- aparecieron, desde su propia presidencia, numerosos llamados a establecer un firme vínculo entre el constitucionalismo que nacía y la protección social de los más desaventajados. Es decir, resultaba muy claro, ya entonces, que no sólo había problemas sociales graves que enfrentar, sino una responsabilidad del derecho por atenderlos. Nuestro constitucionalismo, sin embargo, dio plenamente su espalda a tales problemas y posibles soluciones.

Ya en el siglo xx, deberán pasar varias décadas para que el derecho argentino empiece a tomar nota seria sobre la cuestión social, y el papel del derecho en relación con la misma. El peronismo, en 1949, supo dedicar una atención constitucional

especial a los temas de derechos sociales, e inauguró así una preocupación que desde entonces permanece con nosotros. De todos modos, y para continuar con la metáfora, también es cierto que esa valiosa incorporación de los derechos sociales en el texto constitucional, reformado en 1949, vino de la mano de una concepción muy conservadora de la familia y de la relación Iglesia - Estado; a la vez que apareció acompañada por una injustificable vocación por concentrar autoridad en la cabeza presidencial. Esta última iniciativa, que también sigue con nosotros hasta hoy, amenazaba ya la suerte de los derechos en general, y de los derechos sociales en particular: resulta claro, cuanto más se concentra la autoridad política en una persona, más riesgos aparecen de que los derechos del caso queden dependientes de la buena voluntad discrecional de la persona llamada a conducir el país –algo por entero inaceptable, cuando nos referimos a derechos que deben ser incondicionales, y que requieren de un grado de activismo cívico significativo, capaz de sostenerlos y dotarlos de vida.

Como sabemos, la Constitución peronista de 1949 fue violentamente dejada de lado, a través de un golpe de estado, y las preocupaciones sociales del texto pasaron a concentrarse en un único artículo, el 14 bis, incorporado en la reforma constitucional propiciada desde la dictadura, ya en 1957. A pesar de su repudiable origen, lo cierto es que el artículo 14 bis vino a desempeñar, desde entonces, un papel decisivo en las discusiones sobre las políticas y obligaciones sociales del estado. Desafortunadamente, sin embargo, los tribunales se encargaron desde allí, y durante más o menos medio siglo, de descartar sistemáticamente el valor y peso de aquellos derechos sociales incorporados en el 14 bis, que pasaron a ser considerados “derechos de segunda categoría,” o “derechos no justiciables,” que el poder judicial no podía ni estaba justificado a implementar o exigir, frente a los poderes políticos.

Por fortuna, la movilización popular y los cambios en la doctrina que vinieron con tales manifestaciones, llevaron, lentamente, a la derrota de aquella concepción conservadora, en este caso de origen judicial. La teoría nos ayudó a ver, de a poco, que nada de lo que decían los jueces con el objeto de desvirtuar el valor de los derechos sociales –y nada de lo que afirmaban respecto de su propia responsabilidad frente a tales derechos- era cierto. En definitiva, de a poco aprendimos que los derechos sociales no eran, como se nos decía, tan diferentes de los derechos civiles y políticos. Todos ellos (y no sólo los sociales, como se alegaba), costaban dinero (es claro que la puesta en práctica del derecho social a una vivienda digna cuesta dinero, pero también el poner en marcha una elección política, o el mantenimiento de la estructura de tribunales que asegura el derecho al debido proceso). Aprendimos también, entonces, que los jueces no estaban incapacitados ni técnica ni institucionalmente, para lidiar con los derechos sociales: sí, por caso, ellos no tenían información suficiente para tomar decisiones en la materia, podían entonces, simplemente, solicitarla (i.e., recabando informes

de la Universidad pública). De modo más relevante, tampoco era cierto que las credenciales democráticas más débiles que poseen los jueces (en relación con los poderes políticos) les pusieran límites drásticos a su intervención en la materia (los jueces nos decían, por ejemplo, que ellos no podían imponerle al legislador un plan de viviendas, ya que eran los poderes políticos los que estaban a cargo del diseño del presupuesto) . Todo dependía, en definitiva, de los modos en que la justicia decidía actuar, en casos como éstos, en los que estaba obligado a hacerlo: por supuesto que el poder judicial excede los límites de su poder si le impone al legislador el diseño de un plan de viviendas; o si pretende definir, en nombre de aquél, los contornos específicos de las políticas sociales. Sin embargo, lo cierto es que el poder judicial tiene muchos modos para actuar, en el ámbito de los derechos sociales, con consciencia de los límites de su poder, y con pleno respeto hacia el legislador. Así, el juez puede –en lugar de imponerle una política, al legislador-recordarle a aquél que tiene la obligación de tomar medidas en la materia; o puede convocar a los poderes políticos a una audiencia pública, para instarlos a discutir sobre los derechos violados del caso; o puede mostrarles a los legisladores un abanico de alternativas constitucionalmente válidas, entre las cuales el poder político debe luego optar; o puede exigirle al Ejecutivo que de explicaciones acerca de las acciones u omisiones indebidas en las que incurre. Es decir, es mucho lo que el poder judicial puede hacer, desde su peculiar lugar, para ayudar a los poderes políticos a actuar constitucionalmente en materia de derechos sociales.

La última etapa en esta historia sobre la evolución de los derechos sociales, es ésta, la que vivimos, y que sigue a la reforma constitucional de 1994. Esta reforma ratificó, como siempre, el alto compromiso social que tiene el constitucionalismo argentino con los derechos sociales, desde que se hizo cargo de ellos, a mediados del siglo xx. Ella expandió, además, en lugar de recortar, tales derechos. Y les dio un marco todavía más exigente, que quedó en claro con la constitucionalización de los principales tratados de derechos humanos firmados por el país. Dentro de las novedades incorporadas por esta nueva reforma constitucional, una de rango excepcional tiene que ver con el reconocimiento del lugar constitucional que les corresponde a los pueblos indígenas. El paso que se ha dado en la materia es extraordinario, aunque aún muy limitado, si pensamos que nuestra primera Constitución parecía considerar a los indígenas como sub-humanos, a los que había que educar y encauzar a la fuerza.

Fue así que el grupo de los indígenas –la minoría postergada entre las más postergadas- pasó a tener, desde 1994, y por primera vez, un lugar de dignidad en la Constitución. Aunque el paso que se ha dado es notable, los que quedan por dar son todavía más notorios. Es mucho lo que falta por aclarar, constitucionalmente, sobre el tema indígena, a la vez que parecen infinitos los pasos que todavía deben darse para darle alguna vida cierta a los derechos que hoy aparecen sugeridos

textualmente. Y, como nota adicional de especial preocupación, es mucha la reflexión que todavía necesitamos, y muy poca la que tenemos, en relación con la cuestión indígena, y cómo tratarla. Problemas vinculados con el multiculturalismo; el pluralismo jurídico; la justicia indígena; la falta de representación y voz de estos grupos, son sólo algunos de los tantos que nos generan dudas difíciles de resolver. En el marco de este panorama, tan preocupante, la aparición de trabajos como el de Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado representan, sin duda, la mejor noticia. Hoy contamos con abogados como Micaela y Juan Manuel que, con competencia y conocimientos en la materia, pueden ayudarnos a pensar, por fin, en todo aquello sobre lo que nunca nos mostramos dispuestos a pensar.

Roberto Gargarella

Prólogo a la Primera Edición

El presente trabajo cumple sobradamente el objetivo que se propusieron sus autores, o sea, el de un manual para abogados y funcionarios que deban ocuparse con materias regidas por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Con sobriedad y precisión se comentan sus disposiciones, vinculándolas con las del derecho internacional, constitucional e infraconstitucional correspondientes. En rigor, excede en muchos sentidos la categoría de manual, pues si bien puede operar como tal, es el claro producto de una pormenorizada investigación jurídica.

La introducción del inciso 17 del artículo 75 en la Constitución Nacional por la Convención de Santa Fe en 1994 y la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo seis años más tarde, son acontecimientos históricos que trascienden el plano jurídico, aunque también redefinen cuestiones de fondo –y de fundamento– que estaban pendientes en nuestro orden constitucional y legal.

Si bien el Convenio 169 data de 1989, su ratificación por la República Argentina fue largamente demorada, incluso después de la aprobación por el Congreso Nacional. La demora se debió a cuestionamientos y desconciertos de juristas y políticos. Muchas eran y siguen siendo las preguntas que surgen con motivo de este Convenio. Después de siglo y medio de reiteración de afirmaciones que parecían incommovibles, tales como que la igualdad no permite que operen jurisdicciones di-

ferenciadas, que la legalidad impide la vigencia de un derecho que tenga otra fuente que la formal, que no es posible fragmentar la soberanía, la unidad de jurisdicción ni la propia unidad nacional, el Convenio 169 y el propio inciso 17 del artículo 75 constitucional constituyen un desafío.

En medio de las dudas que creaba a una concepción del derecho que había pasado por alto la justicia y –valga la paradoja- el propio derecho, la pluma siempre inteligente y decidida de Germán Bidart Campos señaló la necesidad de espantar esos fantasmas que no eran más que producto de prejuicios jurídicos.

La ratificación del Convenio 169, en consonancia con el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional, no fragmenta ni debilita nuestra soberanía, sino que la reafirma en forma singular.

Hace pocos años, en ocasión de una visita a Nueva Zelanda, me desconcertó un tanto el modo en que los juristas locales planteaban el fundamento de su derecho y de su propia constitución material. Remitían la base legitimante a un acuerdo entre colonizadores y pueblos originarios. La curiosidad me hizo leer algunos textos de juristas locales y me llevó a reflexionar sobre temas que no parecen ser materia de la especulación jurídica corriente.

En efecto: la colonización –y muy especialmente la americana-, dejando de lado las leyendas de todos los colores, redujo masivamente la población originaria del continente y extinguió muchas etnias, destruyó sus culturas, persiguió sus religiones, sometió a servidumbre a millones de personas, etc. En términos jurídicos contemporáneos se trató de un genocidio. El orden jurídico de los países colonizados tenía por base este hecho. La Independencia de América rompió con ese orden, pero estableció otro que no puede negar su condición de sucesor, en la medida en que no proclame y haga realidad su propia independencia respecto de esos crímenes.

Los sobrevivientes del genocidio nunca fueron reparados, su propiedad originaria nunca fue devuelta. Pero el genocidio es imprescriptible, y esto no puede entenderse sólo limitado a la materia penal, sino también a la civil. No puede alegarse prescripción, porque eso importaría la contradicción flagrante –o mejor, la aberración intolerable- de que un genocidio, por el simple paso del tiempo, se convirtiera en fuente legitimante del derecho. Y lo cierto es que si bien los muertos están muertos, son muchos sus descendientes que hasta hoy sufren las consecuencias del

genocidio cometido hace siglos, sin que hayan sido objeto de reparación alguna.

La verdadera Independencia del continente no puede completarse hasta que el orden jurídico que surge de ella no repare el genocidio de su predecesor, en la medida en que esto sea posible. El desconocimiento de los derechos de los pueblos originarios importa una negación de la Independencia, pues el orden jurídico que así proceda no hace más que proclamarse mero sucesor del orden colonialista. Sólo reconociendo esos derechos y reparando lo reparable nuestro orden jurídico se declara independiente y elimina al genocidio como aberrante base de su legitimidad. Lejos de constituir esto una fragmentación de nuestra soberanía, importa su confirmación.

En 1816 nos declaramos independientes, pero ese acto no será perfecto hasta que no se reconozca que el orden precedente se asentó sobre una violencia que privó masivamente de derechos a toda la población originaria y este reconocimiento se traduzca en pasos concretos destinados a reparar los efectos lesivos que aún perduran. Se privó de la vida, de la libertad, de la propiedad, pero también de la cultura, y es claro que el derecho es un producto cultural. Devolver a estos pueblos su jurisdicción no fragmenta la soberanía, sino que importa un pacto entre un orden jurídico que se proclama independiente y, como tal, pone distancia de los horrores cometidos por su predecesor, devolviendo a los desapoderados el derecho a su propia cultura, y los pueblos que se vieron privados de esos derechos y hoy se integran a la soberanía con su derecho y su jurisdicción.

No es posible desconocer que en nuestro territorio, en tiempos posteriores a la proclamación de la Independencia, lejos de proceder de modo acorde con ésta, se ha continuado con su obra de depredación y genocidio, no sólo por omisión sino también por acción violenta y abierta. Tiempo es de corregir esta sangrienta mancha de incoherencia entre la Independencia proclamada y la realmente realizada. En este sentido, los verdaderos actos de reafirmación legal de nuestra soberanía son los que introducen la cláusula constitucional citada y la ratificación argentina al Convenio 169.

En el plano internacional, el Convenio 169 abre las puertas a un nuevo capítulo aún no transitado en el orden jurídico mundial, que es el de las reparaciones históricas por los genocidios cometidos por los países colonialistas, que abarcan también el sometimiento de millones de personas a la esclavitud y su forzado desplazamiento masivo. Si bien es ponderable el establecimiento del Tribunal Penal

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Internacional, la justicia internacional no será completa hasta que no se establezca un Tribunal Civil Internacional, aunque para ello haya que vencer intereses que hoy parecen insuperables.

Eugenio Raúl Zaffaroni
Univeridad de Buenos Aires
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal y Criminología
Octubre de 2004.

Advertencias Preliminares

Entre la primera edición de este libro y la que presentamos ahora hay notables diferencias. La principal es que se ha trasladado el “centro de gravedad” teórico de la obra, que ahora se encuentra claramente en el principio de libre determinación, reconocido sin dudas a partir de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 13 de septiembre de 2007. La Declaración y la nueva jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Yatama vs. Nicaragua” (2005), “Yakye Axa vs. Paraguay” (2005), “Sawhoyamaxa vs. Paraguay” (2006) y “Saramaka vs. Surinam” (2007 y 2008), han permitido una mejor comprensión de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que ubica a los derechos territoriales dentro de un sistema jurídico de salvaguarda de la vida autónoma y la participación efectiva, como *pueblos*, en las estructuras de un Estado que deberá reconocerse y estructurarse como plurinacional.

También hemos cambiado personalmente los autores, sobre todo a partir de nuestro trabajo en el Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas de la ciudad de Neuquén y del mayor intercambio con otros abogados dedicados a la misma rama del derecho y a la misma causa, en la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (A.A.D.I.), que contribuimos a crear en el año 2008.

La primera edición de esta obra tuvo una tirada de pocos ejemplares debido a que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas sólo cumplió con la cuarta parte de sus compromisos de financiación. Esa circunstancia hará que para muchos este sea el primer contacto con el comentario al Convenio 169 de la O.I.T. que

presentamos, lo cual les permite encontrar un libro en muchos aspectos mejorado en relación a una versión original, que sigue siendo útil pese a los defectos que hemos advertido en estos años.

Uno de ellos, que nos han hecho notar algunos amigos que se dedican a la defensa de los derechos humanos en el ámbito internacional, es su marcado – podríamos decir “exagerado”- énfasis puesto en la exégesis del texto del Convenio. Algo hemos tratado de corregirlo, pero sin embargo este problema es resultado de buscar la aplicación directa del tratado en el ámbito interno, lo que a su vez es consecuencia de la casi total omisión del Estado argentino en adaptar la legislación interna a sus disposiciones.

De allí que nos parezcan necesarias estas advertencias preliminares.

Si bien en el ámbito internacional la interpretación de los tratados de derechos humanos es más amplia y flexible, atendiendo fundamentalmente a pautas teleológicas, ese modo de interpretar y aplicar el derecho es difícil de comprender para tradiciones jurídicas nacionales elaboradas en organizaciones judiciales jerarquizadas y con una fuerte orientación a la uniformidad.

En estos escenarios locales, como el de la Argentina y muchos países de herencia jurídica continental europea, prevalecen los aspectos formales y el apego rígido a los textos como práctica normal en la aplicación del derecho, una práctica cuyo ideal, además, es la completitud legislativa.

De allí que el marcado sesgo positivista de este trabajo pueda parecer inadecuado al lector habituado a las formas de aplicación de los tratados por los órganos internacionales de derechos humanos. No obstante, hemos optado por esta metodología de exposición y redacción, claramente exegética, en un intento de “traducir” al ámbito interno, pautas y normas insertas en tradiciones que no son las propias de los operadores jurídicos nacionales.

Es por eso que muchas veces nos detendremos en el sentido de las palabras del texto, en su historia y en los debates que las produjeron, detalles que no suelen ser objeto de tanto interés en los órganos internacionales de derechos humanos, más preocupados por consideraciones de justicia sustantiva y efectiva libertad, a las que el derecho debe adecuarse evolutivamente, que por la obediencia estricta a mandatos legislativos, propia de nuestros derechos nacionales.

Creemos, sin embargo, que esta cierta *rareza* metodológica en la interpretación del tratado, a los ojos del experto internacional, es un precio aceptable a pagar en el objetivo de que el Convenio 169 tenga una mayor receptividad efectiva en el ámbito interno, especialmente en la práctica de los tribunales. Si

este trabajo resulta una herramienta apta para los operadores jurídicos argentinos, especialmente para los abogados defensores de pueblos indígenas, habremos logrado nuestra finalidad.

Estas advertencias, formuladas especialmente para quienes se acercan a la lectura de este libro desde el derecho internacional, también tienen como finalidad alertar al argentino lector de literatura jurídica respecto de los diferentes estilos de interpretación y aplicación del derecho.

El derecho internacional de los derechos humanos nace con posterioridad a los horrores de la segunda guerra mundial bajo la apreciación, enteramente novedosa para el sistema jurídico anterior, de que el orden mundial será siempre frágil si no se garantizan niveles mínimos de justicia e igualdad entre personas y entre pueblos. De modo que el propio derecho internacional aparece condicionando el interior de los sistemas jurídicos estatales, reconociendo derechos que limitan la soberanía de los estados. El crecimiento exponencial de las normas, órganos y jurisprudencia internacionales de derechos humanos, tanto cuantitativa como cualitativamente, es una consecuencia de lo adecuado de aquella apreciación. La finalidad de preservar la paz garantizando la libertad de individuos y pueblos, en democracias pluralistas, tolerantes y multiétnicas, guía a todas las instituciones internacionales de derechos humanos en la aplicación e interpretación de los tratados.

Este centro de gravedad marcadamente teleológico resulta extraño para la educación legal argentina, asentada en una lógica jurídica diferente, más apegada a los aspectos formales. De allí que resulte tan difícil comprender la dinámica del derecho internacional de los derechos humanos y tan ardua su integración efectiva a la jurisprudencia interna. Es también por eso que los órganos internacionales requieren a los estados que su legislación interna se adecue a los tratados ya que entienden que no alcanza con su ratificación para que los distintos niveles estatales los apliquen efectivamente.

En materia de derechos humanos de pueblos indígenas, como en muchas otras, la Argentina ha sido renuente a estas adecuaciones legislativas. Sin embargo ello no implica que los tratados no deban aplicarse por los tribunales locales. Por el contrario, desde el fallo "Ekmejdjian" y la reforma constitucional de 1994 (artículo 75 inciso 22), queda claro que los jueces deben aplicar el derecho internacional de los derechos humanos por encima de la legislación interna. Su tarea es difícil porque se trata de un derecho cuyas lógicas de interpretación y funcionamiento son diferentes y muchas veces hasta ignoradas por los operadores locales.

Pero mientras se mantenga la omisión legislativa (y no se ve que vaya a cesar en el corto plazo) los operadores legales internos habrán de actualizarse y

comprender un mundo jurídico algo diferente. De lo contrario quedarán anclados en pautas contrarias al derecho vigente y antes que mecanismos de solución de conflictos serán, como ocurre con demasiada frecuencia, promotores de la ilegitimidad.

Queríamos, finalmente, agradecer de manera especial al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), por el financiamiento que ha hecho posible esta edición. Sin su ayuda y sin los plazos que nos impusieron, no habríamos realizado este trabajo.

Neuquén, junio de 2010.

María Micaela Gomiz
Juan Manuel Salgado

Prefacio a la Primera Edición

A poco de iniciarme en la defensa penal de miembros de los pueblos indígenas me ha sorprendido la enorme brecha existente entre el derecho positivo y la efectiva práctica judicial. Si bien a los abogados con cierta experiencia forense ya no nos asombra que la aplicación de la ley por los órganos judiciales diste de tener la claridad que se nos asegura en los primeros años de facultad, en ningún ámbito del derecho argentino la distancia entre las normas y las decisiones jurisdiccionales es tan grande como la que se encuentra ante los derechos de los pueblos originarios.

En el caso de la propiedad y posesión de las tierras que éstos tradicionalmente ocupan, la resistencia judicial a las nuevas normas es de una gravedad tal que amenaza los principios sobre los cuales se asienta el estado de derecho. Quienes pretenden ampararse en expresas previsiones de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT habitualmente resultan destinatarios de un conjunto de decisiones contra legem, como desalojos forzosos, detenciones, procesamientos, prisiones preventivas y condenas penales. Otras normas, como las que establecen la participación en la gestión referida a los recursos naturales, la decisión acerca de las prioridades de desarrollo, la consulta previa a medidas legislativas o administrativas que les afecten, la educación intercultural y el reconocimiento de las instituciones propias, pareciera que residen en el ámbito de las buenas intenciones alejado por completo de los mandatos jurídicos. Lo mismo cabe decir del amparo colectivo, la aplicación del derecho propio y los métodos comunitarios de resolución de conflictos, entre

muchas otras disposiciones que amparan el derecho de los pueblos indígenas a una existencia cultural y política diferenciada.

Este libro trata de disminuir esta brecha entre el derecho positivo y su aplicación real. Aunque no pretendo creer que ella se deba sólo al desconocimiento y falta de elaboración doctrinaria de una materia novedosa para el mundo jurídico tradicional, la experiencia en los tribunales provinciales me ha convencido de la importancia de contar con un manual práctico en la materia que no sólo explique el sentido de las normas, en base sobre todo su proceso de elaboración, sino que además contenga las citas que faciliten una profundización de los temas abordados. De allí que optara por la metodología de la exégesis, poco adecuada para un trabajo académico pero útil a los operadores jurídicos no especializados en la materia, que deban enfrentarse como parte de su actividad profesional cotidiana, con los problemas que plantea la aplicación directa en el plano interno de los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente de los que conciernen a los pueblos indígenas. De lograrse esta utilidad, se habrá alcanzado el objetivo de la obra.

Esta no ha sido una tarea individual. No sólo en el obvio sentido de que cualquier producción humana es apenas una reelaboración propia de un bagaje colectivo, como el que en mi caso he adoptado de la intervención personal en las luchas y los reclamos de numerosas comunidades mapuche del Neuquén. Para que este libro se concluyera, he contado además con la ayuda de los dirigentes indígenas que impulsaron su realización. Especialmente mis amigos de la Confederación Mapuche Neuquina, que con infinita paciencia me ilustraron didácticamente en innumerables ocasiones sobre la visión del mundo y la lucha de su pueblo, las similitudes y diferencias con otros pueblos indígenas, los entretelones de los debates en los foros internacionales en los que participan activamente y cuanta explicación genérica o particularizada les requerí para poder asomarme a comprender una realidad social, cultural, política y jurídica, tan diferente a aquella en la que fui educado. Eso, sin contar con que también me permitieron acceder a bibliografía utilizada en organizaciones internacionales y me abrieron la puerta al contacto con expertos de distintas partes del mundo.

Debo también agradecer a los integrantes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), especialmente a los Dres. Víctor Abramovich y Andrea Pochak, y al Dr. Rodolfo Mattarollo de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, por el soporte intelectual que brindaron para que pudiera comprender numerosos aspectos del derecho de los derechos humanos implicados en las normas específicas

de los pueblos indígenas. Esta ayuda, así como su participación activa y desinteresada en la especialización de posgrado en derechos humanos, de la Universidad Nacional del Comahue, los muestra en su dimensión de verdaderos juristas, comprometidos en la construcción de una sociedad democrática, justa y enriquecida por las diferencias culturales.

No puedo dejar de mencionar entre los agradecimientos a la profesora Adriana Latashen, quien desinteresadamente y movida por su solidaridad con los pueblos indígenas dedicó horas a enmendar la redacción y a preparar la versión definitiva para la editorial así como a realizar las gestiones ante los editores. También a las Dras. Tania Vaca Narvaja y Vaniria Mela, que en los inicios del libro colaboraron en ordenar un conjunto de notas deshilvanadas sobreimpuestas a los artículos del convenio. Por último, aunque no con menor énfasis, agradezco a la Dra. Patricia Roldos, quien me facilitó el tiempo, el lugar y el afecto necesarios para que en la última etapa los borradores fueran tomando trabajosamente la forma de una obra terminada.

Neuquén, mayo de 2005.

En los seis meses que los problemas burocráticos han demorado la impresión, ocurrieron novedades jurisprudenciales que merecen ser mencionadas. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Comunidad Moiwana vs. Suriname” (15/6/2005), “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (17/6/2005) y “Yatama vs. Nicaragua” (23/6/2005), continuaron y profundizaron el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios declarado en el fallo “Awás Tingni”. La resolución del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el caso “Comunidad Judía de Oslo vs. Noruega” (15/8/2005) ha reconocido el carácter de víctima colectiva a las comunidades étnicas. El notable fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el caso “CO. DE.CI. de la Pcia. de Río Negro s/ Acción de Amparo” (16/8/2005) ordena a las reparticiones de la administración pública a adecuar sus normas internas a los derechos indígenas. No quería dejar pasar esta ocasión de enmendar mínimamente el original sin poner en conocimiento del lector estas noticias.

J.M.S.

Neuquén, marzo de 2006.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Introducción

“En América todo lo que no es europeo es bárbaro: no hay más división que ésta: 1º, el indígena, es decir, el salvaje; 2º, el europeo, es decir, nosotros los que hemos nacido en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán (dios de los indígenas). (...) Nosotros, europeos de raza y de civilización, somos los dueños de América.”

Juan Bautista Alberdi (Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina)

“Convencidos de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar en ninguna parte, la discriminación racial”.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial – Constitución Nacional Argentina

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

El cambio de paradigma jurídico: un derecho descolonizador

La múltiple presencia de los pueblos indígenas constituye un elemento ineludible de la vida social en varias provincias de nuestro país. Son presencias activas, que se hacen visibles a través de sus idiomas, sus organizaciones sociales diversas y sus costumbres. Ello da muestra de especificidad, de diversidad, de lo propio.

Sin embargo, nada de esta realidad se refleja en el Estado ni en la práctica del derecho. Pese a su organización federal y a las autonomías municipales, las estructuras estatales son básicamente las mismas en todo el país, y la jurisprudencia y doctrina originadas en los grandes centros urbanos aseguran una aplicación uniforme de los códigos, tanto en la Quebrada de Humahuaca como en San Isidro. La homogeneidad de lo normativo se impone -de este modo- sobre la diversidad de lo vital.

Durante siglos esta tensión pretendió resolverse forzando a la sociedad mediante los mecanismos coactivos del Estado. Entre otros objetivos, se buscaba una conformación cultural homogénea. Luego de la dominación colonial española, fue el racismo de los grupos dirigentes, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el que legitimó ideológicamente un proyecto de moldear la total realidad so-

cial del país bajo el modelo cultural europeo propio de la ciudad de Buenos Aires. Tal proyecto fue concretado mediante políticas represivas y excluyentes, buscando suprimir una diversidad cultural de la que los pueblos originarios son su exponente extremo. Así, **la Argentina de hoy tiene un estado monoétnico pese a ser una sociedad plurinacional.**

Esta institucionalización de una sola etnicidad como legítima, es el resultado histórico del genocidio de los pueblos indígenas. La República Argentina, expresa textualmente el Plan Nacional contra la Discriminación aprobado por Decreto 1086/2005, *“se constituyó como Estado-Nación sobre la base de la negación de las raíces históricas americanas, la sujeción de sus ocupantes originarios y la usurpación de sus territorios. Es una historia conflictiva pero es nuestra historia y es necesario asumirla para poder mirar al futuro sin exclusiones”*.¹ Es que, como señala Zaffaroni, “la fuente de legitimidad” de nuestros derechos nacionales es el genocidio colonialista.² No se trata de una apreciación extra-legal sino, por el contrario, de un enfoque estrictamente jurídico. El artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), define al genocidio como un delito preexistente (“Las partes contratantes confirman que el genocidio... es un delito de derecho internacional”), cuyos rasgos se definen en el artículo II y coinciden con las acciones realizadas -antes y después de la independencia- por los colonizadores estatales.

El jurisconsulto Rafael Lemkin creó el término “genocidio” desde el vocablo griego “genos” (pueblo, raza o tribu) y el latino “cidio” (matar), para aludir a un plan coordinado, dirigido a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales con el objetivo de su aniquilación, plan que suele realizarse en dos fases. La primera consiste en la destrucción de las formas nacionales del grupo oprimido y la segunda en la imposición de las formas nacionales correspondientes al grupo opresor.³

De allí que el paradigma jurídico vigente hasta hace poco tiempo tenía en mira una política de asimilación cultural. Es decir *“el establecimiento de una so-*

1 Anexo del Decreto 1086/2005 *“Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”*, Ed. Boletín Oficial N° 30.747, Buenos Aires, 2005, pág. 69.

2 Zaffaroni, Eugenio Raúl; “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en AAVV, *Derechos ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pág. 107.

3 Lemkin, Rafael; “Genocide”, en *American Scholar*, Abril de 1946, págs. 227-230.

*ciudad homogénea en la cual las personas pertenecientes a grupos minoritarios tendrían que abandonar –gradualmente, si no por la fuerza- sus tradiciones, su cultura y el uso de su lenguaje a favor de las tradiciones, la cultura y el lenguaje del grupo dominante”.*⁴ Y esta ideología aún subsiste en las estructuras sociales y estatales, así como en práctica legal de la mayoría de los operadores jurídicos actuales, pese a que el derecho positivo ha experimentado un drástico cambio.

Es claro, como señala Zaffaroni, que no es posible desandar el tiempo y poner a funcionar en sentido inverso el filme de la historia. Pero *“la más elemental racionalidad indica que sólo podemos corregir sus consecuencias actuales, especialmente las de las poblaciones que padecen hoy las consecuencias de los hechos atroces imprescriptibles”.*⁵

Por eso, la reforma constitucional de 1994, que reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, la ratificación del Convenio 169 de la O.I.T. y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, que incluye a dicho Convenio y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, constituyen un vuelco fundamental dentro del derecho positivo que apenas ha sido asimilado por la doctrina y jurisprudencia. Un cambio tan abrupto, incompatible con posturas ideológicas de neto sesgo discriminador, muy arraigadas en la educación legal tradicional, resulta conciente o inconscientemente resistido por la mayoría de quienes deben aplicarlo, de modo que la práctica cotidiana muestra una anómala preeminencia de normas de jerarquía inferior (leyes o reglamentos administrativos), que mantienen la orientación derogada por la Constitución y los tratados.

El objetivo de este manual es servir de instrumento para revertir esta situación y facilitar la comprensión y aplicación del derecho descolonizador vigente en la actualidad.

4 Capotorti, Francesco; *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations, New York NY, 1991, pág. 50.

5 Zaffaroni, “Consideraciones...”, pág 108.

La operatividad de los tratados de derechos humanos en nuestro derecho interno

Con anterioridad a 1992, la doctrina y jurisprudencia habían sido oscilantes respecto de la posibilidad de hacer valer directamente los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos, en ausencia de norma interna que así lo dispusiera. Si bien ya en 1958 la Corte había fundado la aplicabilidad directa de los derechos de la Declaración Universal, en el conocido caso “Kot”,⁶ treinta años después, todavía se interpretaba el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno mediante medidas legislativas o de otro carácter) como una pauta de compromisos “programáticos” (esto es, “no operativos”).⁷

Estos vaivenes concluyeron en 1992 con la decisión recaída en el caso “Ekmekdjian”⁸ en el que se discutió la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta establecido en el artículo 14 de la Convención Americana. Tres claros principios se sentaron entonces estableciendo las nuevas pautas que de ahí en más rigen la aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno:

En primer lugar, *“se reconoce explícitamente que una interpretación armoniosa de los postulados constitucionales exige otorgarle a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes federales. Con esta afirmación se concluye entonces con bizantinas discusiones en torno a una eventual derogación implícita de un tratado a través de una ley posterior”*.⁹

Además, se determinó que el derecho alegado podía ser exigible ante los tribunales nacionales aún en ausencia de ley que lo reglamente. Los derechos tutelados internacionalmente *“al ser suscriptos por el Estado argentino, podían ser*

6 Fallos 241:291. Tan novedosa resultaba la invocación que pasó desapercibida y los comentaristas del fallo se centraron casi con exclusividad en la operatividad de los derechos constitucionales a través de la acción de amparo introducida por decisión judicial.

7 Caso “E.F.E.” (1987), Fallos 310:1081.

8 Fallos 315:1492.

9 Abregú, Martín; “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto-Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, pág. 12.

inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local".¹⁰

En tercer término, se estableció que en la aplicación de un tratado internacional debía seguirse la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretarlo.

La Corte indicó así que *"en el caso de que estuviera en juego la eventual responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones libremente asumidas al momento de ratificar un tratado, los tribunales no podían ignorar el papel que deben desempeñar como garantes del accionar legítimo del Estado"*.¹¹

La reforma constitucional de 1994 profundizó esta orientación determinando claramente que los tratados tienen rango superior a las leyes y estableciendo la jerarquía constitucional de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Quedó también abierta la posibilidad de agregar nuevos tratados al texto de la Constitución (artículo 75 inciso 22 C.N.). Con posterioridad la Corte amplió la argumentación de "Ekmekdjian" señalando que la incorporación constitucional de los tratados de derechos humanos *"en las condiciones de su vigencia"* implica que éstos rigen internamente tal como efectivamente lo hacen en el ámbito internacional, *"considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"*.¹²

Dado que los tratados también tienen superior jerarquía con respecto a las normas provinciales, de acuerdo al artículo 31 de la Constitución Nacional, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes *"puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino"*, de modo que la interpretación de los tratados configura siempre cuestión federal y habilita el recurso extraordinario aún cuando su contenido sea de materias de derecho común.¹³

Estos cambios deben penetrar y modificar las prácticas legales cotidianas. En palabras de un ex miembro de la Corte implican que *"se hace cada vez más imperioso que los tribunales nacionales otorguen operatividad a los tratados en los derechos internos"*.¹⁴

10 *Idem*.

11 *Idem*, pág. 13.

12 Caso "Giroldi" (1995), Fallos 318:527.

13 Caso "Méndez Valles" (1995), Fallos 318:2645.

14 Boggiano, Antonio; *Derecho Internacional. Derecho de las relaciones entre los ordena-*

En relación a los pueblos indígenas, esta recepción del derecho internacional no se limita al Convenio 169 y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas; abarca también las resoluciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, del Comité de Derechos del Niño, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema Argentina recientemente en los casos “Fermin” y “Comunidad Eben Ezer”.¹⁵

Las relaciones entre los pueblos indígenas y el derecho internacional

Aunque en los inicios de la conquista de América tuvieron lugar algunos debates acerca de las relaciones entre los estados europeos y los pueblos indígenas, en los que no faltaron citas teológicas y cierto reconocimiento de las organizaciones originarias, luego de la consolidación del sistema político europeo a partir de la paz de Westfalia (1648) el derecho internacional sólo reconoció como sujetos a los estados. Los pueblos indígenas americanos (de igual modo que los pueblos originarios de Asia, África y Oceanía) pasaron a ser objeto de conquista; sus territorios, calificados como *terris nullius* (tierras sin dueño), quedaron al alcance de quien primero los ocupara, y su suerte colectiva, quedó reservada a lo que dispusiera cada Estado conquistador. Es que en la matriz conceptual del derecho moderno, legitimador de esas conquistas, se encuentra la dicotomía Estado/individuo que no deja lugar a formas de organización política y social autónomas, fundadas en la solidaridad comunitaria y en la pertenencia a una tradición histórica diferente. “*Formado por la perspectiva occidental y el poder político, el derecho internacional desarrolló una complicidad con las fuerzas muchas veces brutales que arrebataron a los pueblos indígenas sus tierras, suprimieron su cultura e instituciones y los dejaron entre los más pobres de los pobres*”.¹⁶

Sin embargo, el derecho internacional posterior a la segunda guerra mundial ha adoptado una creciente preocupación por los individuos y los grupos en base

mientos jurídicos y derechos humanos, La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 40.

15 Fallos: 331:1664 y 331:2119, respectivamente, ambos del año 2008.

16 Anaya, S. James; *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, New York NY, 1996, pág. 39.

a los conceptos de paz mundial y derechos humanos. La forma en que los estados tratan a sus ciudadanos ya no es indiferente a la comunidad internacional y los instrumentos internacionales determinan sus límites mediante el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -dictados en los veinte años posteriores a 1948- sentaron la base de un sistema legal internacional de los derechos humanos que se ampliaría en las décadas siguientes, dando cabida a organismos y tribunales internacionales con jurisdicción sobre los estados, aptos para recibir las quejas de individuos y grupos afectados por la violación de sus derechos fundamentales.

Con esta nueva dirección, el sistema internacional ofreció grietas en el antiguo edificio positivista centrado en la exclusividad de los estados y por tales fisuras penetraron los reclamos de las organizaciones indígenas que pretendían para sus pueblos un destino diferente al de la asimilación que había sido, hasta entonces, la pauta hegemónica.¹⁷ “*Durante la década de 1960, por medio de una nueva generación de hombres y mujeres educados en los modos que las sociedades les habían impuesto, los pueblos indígenas comienzan a impulsar una creciente atención a sus demandas por continuidad como comunidades diferentes con culturas basadas históricamente, instituciones políticas y derechos territoriales*”.¹⁸ En 1982 el Consejo Económico y Social de la O.N.U. autorizó a la Comisión de Derechos Humanos la creación del Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, que por años fue el principal foro que reunió a representantes de organismos internacionales, expertos y organizaciones indígenas.¹⁹ Para ese entonces, la Corte Internacional de Justicia

17 Este proceso se narra por Willemsen-Díaz, Augusto; “How Indigenous Peoples’ Rights Reached the UN” en Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo; *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, IWGIA, Copenhagen, 2009, págs. 16-30.

18 Anaya, *Indigenous peoples...*, pág. 46.

19 La decisión se originó en los resultados del “Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas” dirigido por el Relator José Martínez Cobo, a quien la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones

ya había desechado la doctrina de las *terris nullius*²⁰ y el Comité de Derechos Humanos había considerado el derecho a la identidad indígena bajo la protección del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²¹

La inclusión de los derechos indígenas en la agenda de los derechos humanos provocó un enriquecimiento de esta temática, que había sido estrechamente limitada a la perspectiva occidental de los derechos individuales. Por otra parte, esta inclusión también otorgó a los reclamos indígenas una ubicación dentro del universo jurídico, que permitió un lenguaje y un esquema conceptual desde donde pudieran ser comprendidas sus demandas por una tradición formada en la centralidad de la organización estatal como monopolizadora de la creación de derecho. Esta confluencia, que completa su desarrollo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha generado una jurisprudencia abarcativa de los derechos indígenas en la interpretación de los tratados generales de derechos humanos, la revisión del antiguo Convenio 107 de la O.I.T., de orientación asimilacionista, y la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho positivo de los estados, fenómeno del cual es parte el nuevo inciso 17 del actual artículo 75 de nuestra Constitución Nacional.

Desde sus comienzos, la Organización Internacional del Trabajo exhibió una preocupación por la situación de los pueblos indígenas. Más que en los objetivos de la organización ello puede explicarse en términos históricos. Si bien la distinción trabajador/empleador que da forma a la O.I.T. es propia de una economía industrial, y -en consecuencia- difícilmente permita encuadrar a grupos que despliegan antipatía o indiferencia hacia la “modernización”, lo cierto es que entre los sectores más explotados de trabajadores (sobre todo en el área rural) siempre se han encontrado los indígenas.²² En 1926 la organización estableció un comité de expertos en trabajo nativo que motivó una serie de convenios y recomendaciones que hacían referencia a los pueblos indígenas: El Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930), la Recomendación 35 sobre la imposición indirecta del trabajo (1930), la Recomendación 36 sobre la reglamentación del trabajo forzoso (1930), el Convenio 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas (1936), la Recomendación 46 sobre la supresión del reclutamiento (1936), el Convenio 64 sobre los contratos de

Unidas le había encargado en 1971 la realización de un informe.

20 Opinión Consultiva N° 16 “Sahara Occidental”, del 16 de octubre de 1975.

21 Caso “Lovelace vs. Canada”, (comunicación 24/1977), dictamen del 30 de julio de 1981.

22 Thornberry, Patrick; *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford University Press, New York NY, 2001, pág. 367, nota 205.

trabajo de trabajadores indígenas (1939), el Convenio 65 sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas (1939), la Recomendación 58 sobre los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas (1939), la Recomendación 59 sobre la inspección del trabajo en el caso de los trabajadores indígenas (1939). La obra de un comité de expertos creado a partir de 1945 para atender específicamente los problemas del trabajo indígena concluyó con la aprobación en 1957 del Convenio 107 y de la Recomendación 104, ambos sobre “poblaciones” indígenas y tribales. Por ello, cuando en 1988, durante los trabajos preparatorios del que sería Convenio 169, algunos países consideraron que muchos de los temas regulados caían fuera de la competencia de la O.I.T., tales cuestionamientos fueron desechados debido a los antecedentes de la organización en estas cuestiones, entendiéndose que el debate se había resuelto en 1957 cuando se aprobó el Convenio 107.

La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos

El artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²³ expresa:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

“2. 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 del derecho internacional. En ningún caso, podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

“3. Los Estados Partes en el presente pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

23 Ambos incorporados a la Constitución Nacional Argentina (artículo 75 inciso 22).

Este artículo se ha colocado con idéntica redacción al inicio de los dos principales tratados universales de derechos humanos. Se hizo de este modo con el objeto de dejar establecido con claridad que el ejercicio de todos los derechos requiere un ámbito de libertad colectiva, sólo en el cual, como ya lo establecía la Declaración Universal en 1948, puede un ser humano “desarrollar libre y plenamente su personalidad”.²⁴

La afirmación de la libre determinación como un derecho humano tiene importantes implicaciones. En primer lugar, dice Anaya, “*es un derecho inherente a los propios seres humanos, aunque en forma colectiva como ‘pueblos’ en el sentido más amplio del término. En segundo lugar, como todos los derechos humanos, la libre determinación se deriva de concepciones comunes sobre la naturaleza esencial de los seres humanos y, por tanto, es aplicable universalmente y por igual a todos los segmentos de la humanidad. En tercer lugar, como derecho humano, la libre determinación no puede considerarse aislada de las demás normas de derechos humanos, sino que debe entenderse como parte del universo más amplio de valores y prescripciones que constituyen el régimen actual de derechos humanos y estar en armonía con el mismo*”.²⁵

El reconocimiento como *pueblos* con derechos de libre determinación ha sido central en las demandas de los pueblos indígenas. Este carácter es hoy universalmente reconocido. Tal es, incluso, el término utilizado en la Constitución Argentina. Sin embargo, esta aceptación ha resultado uno de los aspectos más polémicos en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El motivo de ello es que, con frecuencia ha existido una tendencia a vincular la libre determinación con los atributos de la estatalidad, siendo entendida la libre determinación “plena” como el logro de un Estado independiente o, al menos, como el derecho a elegir la independencia como Estado.²⁶ “*Pero si algo está claro es que al apoyar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación a través de la Declaración, los estados no estaban apoyando un derecho de los pueblos indígenas a formar estados independientes. Y los propios pueblos indígenas han negado de manera casi uniforme que aspirasen a estados independientes cuando pedían la*

24 Artículo 29.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (incorporada a la Constitución Nacional Argentina, en su artículo 75 inciso 22).

25 Anaya, James; “The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration era”, en Charters & Stavenhagen, *Making the Declaration...*, pág. 187.

26 *Idem*, pág. 184.

libre determinación".²⁷

Esto no significa que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas sea diferente del de los demás pueblos, ya que sostener una postura así contradice el artículo 2 de la Declaración, que afirma de modo tajante la igualdad de los pueblos. Como en casi todos los aspectos que trata este libro, es difícil comprender de un modo sistemático y coherente el contenido de los derechos de los pueblos indígenas para generaciones completas de profesionales universitarios, especialmente abogados, formados en la visión occidental estatista de la humanidad y el mundo, para la cual el Estado moderno es la unidad de organización humana más importante y fundamental. *"Este marco de pensamiento oscurece el carácter de derechos humanos de la libre determinación y es ciego frente a las realidades contemporáneas de un mundo que se mueve simultáneamente hacia una mayor interconexión y descentralización, un mundo en el que las fronteras formales de la estatalidad no determinan totalmente el orden de las comunidades y de la autoridad"*.²⁸

Si bien el derecho a la libre determinación de los pueblos irrumpió en el ámbito de los derechos humanos conjuntamente con los procesos de descolonización de la segunda mitad del siglo XX, de ningún modo puede identificarse con estos. En realidad, la constitución de estados independientes ha sido sólo una de las formas posibles de reparar las violaciones a la libre determinación, que, además, ha estado lejos de colmar las esperanzas inicialmente depositadas en ella.²⁹ Por eso, la libre determinación sustantiva *"puede conseguirse a través de una gama de posibilidades de reorganización institucional diferente a la creación de nuevos estados. Lo que es importante es que la reparación sea adecuada a las circunstancias particulares y que refleje genuinamente la voluntad del pueblo o pueblos afectados"*.³⁰

Aquí es donde se revela claramente el carácter esencialmente reparatorio de los derechos de los pueblos indígenas.

²⁷ *Idem*, pág. 185.

²⁸ *Idem*, pág. 189.

²⁹ Es ilustrativa la situación de los países africanos, en donde los estados independientes heredaron las estructuras y los límites territoriales de las administraciones coloniales y tienen hoy enormes obstáculos para resolver los conflictos interétnicos que se producen entre los pueblos que albergan y que atraviesan las fronteras originales.

³⁰ Anaya, "The Right...", pág. 189.

Lo que los distingue de otros *pueblos* es que se les ha negado de modo masivo y sistemático su derecho de libre determinación,³¹ y el propósito de los nuevos instrumentos y jurisprudencia internacionales consiste en compensar la histórica negación de este derecho y de los derechos humanos relacionados, para que los pueblos indígenas puedan superar la sistemática marginación y alcanzar una posición de igualdad frente a los sectores dominantes.

Así, los derechos afirmados en la Declaración se derivan simplemente de los principios de derechos humanos de igualdad y libre determinación, de aplicación universal. *“No se está privilegiando a los pueblos indígenas con una serie de derechos especiales para ellos. Más bien, los pueblos y personas indígenas tienen el mismo derecho al disfrute de estos derechos que tienen otros pueblos y personas, aunque dichos derechos deben entenderse en el contexto de las características particulares que son comunes a grupos dentro de la categoría indígena”*.³²

Por ello, Anaya señala que al particularizar los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración intenta conseguir lo que debiera haberse logrado sin ella: la aplicación de los principios universales de los derechos humanos de tal modo que se valore no sólo la individualidad de las personas indígenas sino además los vínculos comunitarios que poseen y que también son parte de su humanidad. *“En esencia, la Declaración contextualiza los derechos humanos teniendo en cuenta los patrones indígenas de identidad grupal y asociativa que los constituyen como pueblos. (...) No crea nuevos derechos humanos sustantivos para ellos que otros no disfrutaban. Por el contrario, les reconoce a ellos los derechos que debían haber disfrutado desde siempre como parte de la familia humana, contextualiza dichos derechos a la luz de sus características y circunstancias particulares, y promueve medidas para remediar la violación histórica y sistemática de esos derechos”*.³³

En resumen, el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene esa privilegiada posición, que muchas veces se pierde de vista, para establecer con claridad el carácter de la libre determinación de los pueblos como derecho humano fundamental. Todas las normas “especiales” de protección de los derechos de los pueblos indígenas tienen como finalidad que dichos pueblos y sus

31 Ver los comentarios al preámbulo y al artículo 1 del Convenio 169.

32 Anaya, “The Right...”, pág. 191.

33 *Idem*, págs. 193-194.

miembros, colectivamente, puedan gozar en pie de igualdad de ese derecho, reparando las situaciones de injusticia y discriminación. La mayor parte de las dificultades teóricas que enfrenta la aplicación de esas normas derivan de la incomprensión, por razones educativas o ideológicas, de este objetivo reparatorio. Es por ello que, a lo largo de este trabajo se harán reiteradas referencias a este principio guía.

La interpretación del Convenio 169

En primer lugar, este trabajo seguirá las pautas de interpretación aplicables a los tratados internacionales según los artículos 31 y 32 de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados,³⁴ tomando especialmente los elementos mencionados en el artículo 31.1, la buena fe, el texto, el contexto y el fin del tratado. De acuerdo a ello, los tratados de derechos humanos no son interpretados como los tratados internacionales clásicos, sino teniendo en mira que “*su objeto y propósito son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados Contratantes*”, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁵ La doctrina clásica en materia de tratados, según la cual las obligaciones internacionales se interpretan restrictivamente porque implican una derogación de la soberanía de los Estados, no tiene aplicación en relación a los tratados de derechos humanos por cuanto éstos se erigen sobre premisas diferentes. En tanto los tratados clásicos reglamentan intereses recíprocos entre las partes, los tratados de derechos humanos se inspiran en la noción de garantía colectiva de los derechos de los seres humanos, lo que instaura un verdadero *derecho de protección* de los más débiles.³⁶

En el caso del Convenio 169 debe recurrirse en primer término a la interpretación realizada por los órganos de la O.I.T. ya que es el modo en que el organismo

34 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986).

35 Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el Efecto de las Reservas en la Entrada en Vigor de la Convención Americana (1982), párrafo 29. La Corte reiteró esta posición en la Opinión Consultiva OC-3/83 sobre Restricciones a la Pena de Muerte (1983), párrafo 50.

36 Cançado Trindade, Antonio A.: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 50.

internacional entiende que debe aplicarse el tratado.³⁷ Esto trae como consecuencia que los términos utilizados en el texto no se identifiquen inmediatamente con los que tienen en el derecho interno ya que su sentido es autónomo e independiente de lo que significan en cualquier sistema jurídico nacional.³⁸

Entre las orientaciones específicas de interpretación de los tratados de derechos humanos, su carácter dinámico exige tener en cuenta que se trata de instrumentos vivos que acompañan la evolución de los tiempos, de modo que el valor y la significación de sus conceptos deben establecerse en el momento actual,³⁹ tomando en cuenta las transformaciones ocurridas.⁴⁰ Por ello habrán de considerarse especialmente, como guía interpretativa del Convenio, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 así como las recomendaciones de los órganos especializados de las Naciones Unidas: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

La interacción con otros instrumentos internacionales de derechos humanos y el horizonte de maximización de la protección de los derechos, que emerge como regla específica del artículo 35 del Convenio, constituyen también una directriz de rango internacional que guía las conclusiones de este trabajo. Por ello, se tendrán especialmente en cuenta la aplicación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho de la Declaración y de la Convención Americanas con referencia a los pueblos indígenas, así como los fallos y recomendaciones de los Comités de aplicación de los tratados de derechos humanos del sistema universal.

37 Se sigue así el artículo 31.3.b de las Convenciones de Viena. La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en adoptar la interpretación de los órganos de la O.I.T. en la aplicación de los convenios de esta organización, así en los casos “ATE” (2008), Fallos: 331:2499, “Pérez, Aníbal” (2009), Fallos: 332:2043 y “Rossi” (2009), Fallos: 332:2715, entre otros.

38 Este punto se desarrollará con mayor extensión al tratar de la “posesión” indígena en los términos del Convenio y su comparación con el diferente uso de ese término en el derecho privado argentino.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 relativa a la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), párrafo 37.

40 Sobre el carácter dinámico de la interpretación ver Cançado Trindade, *El derecho internacional...*, págs. 47 y siguientes.

El artículo 32 de las Convenciones de Viena adopta a los trabajos preparatorios como medios complementarios de interpretación de los tratados. En este caso, se ha utilizado de modo abundante la aclaración del sentido a través de esta génesis. Para comprender la finalidad del Convenio 169 es necesario reiterar que la nueva orientación fue establecida para dar cabida a las críticas que mereció el Convenio 107: haber sido redactado sin la participación de los representantes indígenas, tener como objetivos la integración y la asimilación, desconocer el derecho a la dignidad de cada pueblo (con el probable resultado de la destrucción de las culturas, tradiciones y lenguajes indígenas) y no considerar el derecho a la libre determinación.⁴¹ Por ello, se ha seguido la metodología de comparar en forma permanente la norma a comentar con el artículo correspondiente del convenio anterior a la luz de los debates seguidos en la elaboración del texto. Tal información permite clarificar el sentido de la nueva redacción eliminando las ambigüedades que resultan de una lectura desprovista de su contexto histórico.

Por último, dado que sólo son auténticas las redacciones del Convenio 169 en francés y en inglés (artículo 44), el texto en castellano se interpretará de un modo que respete el sentido establecido en dichas versiones.

Como este trabajo está referido a la aplicación del Convenio 169 en el derecho interno argentino, se mencionarán también otras normas que resulten de aplicación a los pueblos indígenas, ya sea que tengan origen internacional o nacional, en tanto el principio “pro homine” que informa todo el derecho acerca de los derechos humanos, impone siempre la aplicación de la norma que más favorezca a los pueblos indígenas (artículo 35). Aquí, el derecho internacional de los derechos humanos forma claramente parte del derecho interno, ya que los principales tratados han sido incorporados a la Constitución Nacional,⁴² “en las condiciones de su

41 Thornberry, *International Law...*, pág. 370.

42 El artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional declara parte integrante de ella a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

vigencia”, siguiendo las interpretaciones sostenidas por sus órganos de aplicación.⁴³

El presente trabajo está concebido para la práctica de los abogados y funcionarios judiciales y administrativos de Argentina que tengan que tratar con materias regidas por el Convenio 169. Por ello, se ha puesto énfasis en la comparación entre sus normas y las del resto del derecho nacional, haciendo notar tanto las situaciones de complementariedad, como aquellas en las que el tratado deroga las disposiciones de derecho interno que son incompatibles con el nuevo sistema de relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

43 C.S.J.N. en casos “Giroldi” (1995), Fallos 318:527, y “Bramajo” (1996), Fallos 319:1842. Respecto de los pueblos indígenas este criterio se reiteró en el fallo “Comunidad Eben Ezer” (2008), Fallos: 331:2119.

El 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 junio 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 los 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 del 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:

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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,

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,

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:

El establecimiento de derechos

El preámbulo es parte del texto de un tratado⁴⁴ y constituye una guía de interpretación considerada en los pronunciamientos de los tribunales y otros órganos internacionales.⁴⁵ El preámbulo del Convenio 169 es de fundamental importancia para la comprensión del resto del texto puesto que de su comparación con el Convenio 107 resulta clara la nueva orientación con que deben interpretarse todas las normas del tratado.

De acuerdo a los trabajos de la comisión redactora del Convenio 169, éste versa sobre “derechos humanos fundamentales”⁴⁶ y ello resulta un giro decisivo con respecto al Convenio 107, que no estaba dirigido al establecimiento de derechos de los pueblos indígenas frente a los estados sino a orientar las políticas sociales de éstos. Esta nueva dirección se señala al destacarse entre los motivos de la revisión, “la evolución del derecho internacional desde 1957”, haciéndose referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos tratados fueron especialmente tenidos en cuenta por la mención que hacen al derecho de los pueblos a la libre determinación en sus artículos iniciales, así como también por el artículo 27 del segundo, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.⁴⁷

El nuevo texto reconoce expresamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas⁴⁸ y la necesidad de que tales derechos se gocen plenamente, lo que no sucede porque las leyes, valores, costumbres y perspectivas de dichos pueblos “han sufrido a menudo una erosión”.

La referencia a la colaboración de las Naciones Unidas y demás organismos internacionales tiene la implicancia de que el Convenio 169 debe ser interpretado de modo coherente con la política, las normas y las recomendaciones de esos orga-

44 Artículo 31 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

45 Moyano Bonilla, César, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985, pág. 101 y sgtes.

46 O.I.T.; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*, 1957 (núm 107), Informe IV (2A), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989, pág. 72.

47 O.I.T.; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*, 1957 (núm 107), Informe VI (1), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, págs. 116 y 117.

48 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 20.

nismos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que constituye hoy el más avanzado instrumento internacional de reconocimiento de derechos indígenas, determina que las Naciones Unidas, sus órganos y sus organismos especializados (entre los que se encuentra la O.I.T.), promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velarán por su eficacia (artículo 42).

Ello deja en claro que el Convenio no es un texto aislado, sino que forma parte de un entramado de derechos establecidos en distintos instrumentos internacionales y que todos ellos deben aplicarse de un modo coherente, ya que ninguna norma debe interpretarse en el sentido en que menoscaba derechos garantizados en otros instrumentos internacionales (artículo 35 del Convenio).⁴⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al aplicar el artículo 29.b de la Convención Americana, similar al artículo 35 del Convenio 169, resolvió que el derecho de propiedad señalado en el artículo 21 de la Convención debe entenderse, en relación a los pueblos indígenas, vinculado a la libre determinación establecida en el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁰

La autonomía indígena

Otro antecedente de la necesidad de revisión del Convenio 107 lo constituyen “los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas”, lo que hace referencia a la existencia de fuertes organizaciones indígenas con presencia en el plano internacional. *“Una de las razones más importantes de la revisión del Convenio es implantar el principio de que estos grupos deben participar en la toma de decisiones que les afecten. En 1957 eran raros los grupos indígenas suficientemente organizados para discutir con autoridades gubernamentales u organizaciones intergubernamentales la planificación y ejecución de los programas o políticas que les afectaban. Desde entonces se han creado organizaciones de esta índole a los niveles local, nacional, regional e internacional, plenamente capaces de exponer los intereses y necesidades de los grupos a quienes representan y de hablar en su*

49 Remitimos al comentario al artículo 3 del Convenio, en donde haremos una síntesis de su relación con los principales tratados de derechos humanos.

50 Caso “Saramaka vs. Surinam”, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafos 92 a 96.

nombre".⁵¹

De allí que aparezca expresamente la necesidad de "eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores". El lenguaje de integración era "anticuado y perjudicial"⁵² y llevó a conclusiones muy críticas sobre el Convenio 107.⁵³ Esta orientación asimilacionista del convenio anterior se traslucía de dos maneras: 1) los gobiernos debían favorecer la integración, 2) se sostenía la "inferioridad cultural" indígena. En el Convenio 107 las culturas indígenas eran elementos de "atraso" que impedían beneficiarse del progreso.⁵⁴ El explícito rechazo de esta política fue agregado en el preámbulo a requerimiento de las organizaciones indígenas que exigieron destacar con claridad el sentido de la nueva orientación.⁵⁵

"La razón principal de la revisión del Convenio es modificar su orientación básica, que actualmente propugna la integración en la sociedad nacional como objetivo primordial de todas las políticas nacionales sobre pueblos indígenas y tribales. El texto actual del Convenio [107] presupone también la inferioridad cultural de estas poblaciones, lo cual es absolutamente inaceptable".⁵⁶ Este cambio fundamental en la orientación general se expresa a través del respeto a la identidad ("mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones"), la autonomía en el marco de los estados ("asumir el control") y la necesaria participación en todo cuanto concierna a los pueblos indígenas.

El derecho de los pueblos indígenas a no disolverse en una "comunidad nacional" ya había sido destacado, antes de la aprobación del Convenio 169, por el Comité de Derechos Humanos en ocasión de aplicar el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁷ Con posterioridad, fue reconociéndose por los distintos órganos internacionales que los intentos estatales de asimilación cultural constituyen una forma de discriminación racial.⁵⁸ Luego de la Declaración,

51 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 14.

52 *Idem*, pág. 115

53 *Idem*, pág. 125.

54 Thornberry, Patrick, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, New York NY, 2002, pág. 338.

55 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 7.

56 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 96.

57 Casos "Lovelace vs. Canadá" (comunicación 24/1977) dictamen del 30 de julio de 1981 y "Kitok vs. Suecia" (comunicación 197/1985) dictamen del 10 de agosto de 1988.

58 MacKay, Fergus; *Los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de las Naciones*

el derecho de los pueblos indígenas “*a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales*” (preámbulo) resulta claramente parte del *ius cogens* internacional.

Por ello, las actuales normas nacionales que mantienen una orientación integracionista deben considerarse derogadas.⁵⁹

El preámbulo y la Declaración

Interpretado a la luz de la Declaración, el Convenio 169 adquiere una mayor precisión y profundización ya que muchas de sus disposiciones, que aparecen ambiguas porque en 1989 eran debatidas, resultan clarificadas en el texto aprobado por la comunidad internacional en el año 2007.

La comparación entre el preámbulo del Convenio 169 y el de la Declaración exhibe esta evolución del derecho internacional. Este último reconoce expresamente que el carácter de “pueblos” conlleva el derecho a la libre determinación y que sus derechos son parte de las garantías contra la discriminación, así como se condena a las “injusticias históricas” derivadas de la colonización y la enajenación de las tierras, territorios y recursos. Ninguna de estas afirmaciones contradice el Convenio e incluso pueden deducirse de él, pero formuladas dieciocho años después de su aprobación constituyen una profundización de sus normas en tanto ubican a los pueblos indígenas en condiciones de igualdad con todos los demás pueblos. A partir de estas pautas, debe ser comprendido hoy el Convenio 169.

Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Forest Peoples Programme, 2007, página 11.

59 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Bolivia, informe de 1994, pág. 19.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Parte I. Política General

Con este título se abarcan los primeros doce artículos: 1) Definición, 2) Lineamientos generales, 3) Derechos humanos, 4) Medidas especiales, 5) Reconocimiento cultural, 6) Participación, 7) Desarrollo, 8) Derecho e instituciones propias, 9) Procedimiento penal, 10) Sanciones penales, 11) Prohibición de servicios obligatorios, 12) Protección judicial. Todos ellos están guiados por el principio general de que todos los pueblos deben “*tener el derecho de conservar su cultura y administrar sus propios asuntos*”.⁶⁰

La mayoría de los tratados de derechos humanos enuncian los derechos en sus partes iniciales y luego determinan los mecanismos internacionales de control. Esto no ocurre en el Convenio 169 porque como consecuencia de la técnica de “revisión” artículo por artículo del Convenio 107, las reglas generales reconocen derechos al mismo tiempo que son una guía para la aplicación de las demás normas del Convenio y una orientación para la legislación interna, nacional o provincial, relativa a los pueblos indígenas. Es de destacar también que, como resultado de aquella revisión, la nueva redacción incorporó normas generales en capítulos referidos a áreas particulares (como los artículos 31 y 33).

60 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 97.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Definición. Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen 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, conservan 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

El problema de la definición

En el derecho positivo se utilizan las definiciones como instrumento de clasificación. A través de ellas se establecen categoría de hechos o individuos y se las delimita y distingue de otras de modo de poder aplicárseles determinadas normas. Sin embargo, el uso de definiciones trae aparejadas rigideces legales en áreas novedosas del derecho o sujetas a rápidos cambios sociales. Estos problemas son conocidos desde hace mucho tiempo⁶¹, pero, sin embargo, el afán de uniformidad propio de nuestras organizaciones judiciales estructuradas jerárquicamente no suele considerarlos en su verdadera magnitud.⁶²

Al interpretar las normas para los pueblos indígenas no sólo nos encontramos con una realidad social reacia a la definición, sino además con un cambio de orientación en la aplicación del derecho. El objetivo de respetar las particularidades de culturas diferentes es difícilmente compatible con la pretensión homogeneizadora proclive al uso de definiciones. De allí que al tratar con los problemas emergentes

61 Ver en este sentido la nota al artículo 495 del código civil.

62 Sobre la influencia del modo de organización judicial en el resultado interpretativo ver Carrió, Alejandro; *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, págs. 15 y sgtes.

del reconocimiento de la pluralidad cultural estas dificultades se potencian. Es que, como expresa acertadamente Kymlicka, “*cada disputa posee una historia y unas circunstancias únicas e intransferibles que deben considerarse a la hora de idear una solución justa y viable*”,⁶³ por lo que las soluciones clásicas del derecho, consistentes en la aplicación homogénea de reglas y definiciones generales, se revelan inadecuadas. Consideraciones del mismo tipo llevaron a los redactores del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a omitir toda definición de “minoría” en el artículo 27 por entender que ella seguramente excluiría a ciertos grupos merecedores de protección.⁶⁴

Como “el poder de definir” es al mismo tiempo “poder de excluir” y suele encontrarse en manos de los funcionarios del Estado, renuentes a reconocer áreas autónomas, en los foros internacionales los representantes de los pueblos indígenas siempre se mostraron contrarios a que se los “definiera” legalmente. Su principal cuidado no sólo consistió en evitar que mediante una metodología legal se “naturalicen” los resultados de una política de colonización y destrucción cultural, excluyendo del ámbito indígena a aquellos que padecieron esta política (y perdieron involuntariamente algunos rasgos culturales distintivos) sino, además, contar con las herramientas legales facilitadoras de un proceso de reversión de la pérdida de identidad.

Por todo ello, el Convenio 169 no ofrece una definición precisa, sino que proporciona pautas para establecer los grupos a los que se aplica. La guía oficial de la O.I.T. indica que “*se pensó 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*”.⁶⁵

Pueblos indígenas y tribales

Muchos artículos del Convenio se inician con un párrafo que expresa: “al aplicar las disposiciones de este Convenio...” etc., lo que ha llevado a suponer

63 Kymlicka, Will; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 14.

64 Capotorti, *Study...*, pág. 6.

65 Tomei, Manuela y Swepston, Lee; *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, pág. 7.

erróneamente que habría casos en que los estados podrían optar por no aplicarlo. Sin embargo, el artículo 1 es claro en el sentido de que toda la relación con los pueblos indígenas se encuentra regida por el Convenio, sin que los estados puedan sustraerse a sus normas.

El Convenio 169 se aplica “a los pueblos”. De tal modo, se reconoce un sujeto colectivo de derechos lo cual marca una diferencia notable con el artículo 27 del Pacto y con el Convenio 107. El carácter colectivo de los sujetos de derecho significa que las características deben buscarse en el conjunto del agrupamiento humano, de modo que sus miembros individuales puedan ejercer sus derechos en tanto se identifiquen o integren la colectividad, aún cuando en un caso particular no reúnan los rasgos requeridos. También implica que en numerosas cuestiones en las que entra en juego la supervivencia cultural del grupo, las decisiones colectivas pueden tener mayor peso que las individuales. Por ello, las tensiones entre cada miembro y el conjunto deben pensarse de un modo diferente a la dicotomía “individuo/Estado”, ya que las organizaciones indígenas no cuentan con un aparato organizado de coacción y además los estados (a diferencia de los pueblos indígenas) no son sujetos de derechos humanos.

Para establecer los alcances de la aplicación del Convenio, se describen dos situaciones. La primera, se refiere a los pueblos tribales y pone el acento en los aspectos sociológicos. La segunda, exhibe las notas características de los pueblos indígenas, con énfasis en su historia. Ambas situaciones son diferentes aunque nada obsta que coincidan total o parcialmente en los casos particulares (de hecho es común que así ocurra). Las “costumbres” distinguen a los pueblos tribales, las “instituciones” a los pueblos indígenas.

Pueblos tribales: La característica de la organización tribal es su carácter no estatal. Con este criterio el primer párrafo tiende a resaltar el aislamiento de estos grupos respecto del resto de la comunidad nacional. No implica descendencia con pueblos originarios ni preexistencia histórica, ya que el párrafo ha sido concebido teniendo en mira las situaciones de países de Europa, Asia y África, en los que gran parte de los estados cuestionaba que se pudiera hablar de “pueblos indígenas” en sus territorios, afirmando que se trataba de un concepto propio de continentes de colonización europea como América y Oceanía.

De los pueblos tribales destacan dos aspectos: las condiciones sociales, culturales y económicas distintivas (el término “culturales” no se encontraba en el

Convenio 107), y el regirse por normas propias. Estas normas pueden ser indiferentes al derecho estatal y provenir de las costumbres o tradiciones o pueden originarse en el derecho positivo. En cualquiera de los dos casos lo que el texto requiere es que se trate de prácticas normativas diferentes. La distinción con el resto de la colectividad nacional es clave ya que se ha tenido en mira a pueblos en situaciones de cierto aislamiento o en posiciones de desventaja,⁶⁶ sin que tenga relevancia que se trate o no de ciudadanos del Estado en cuestión.⁶⁷

La redacción del párrafo corrige al Convenio 107 que mencionaba a poblaciones cuyas “condiciones económicas y sociales correspondan a una etapa menos avanzada”, lo que implicaba una presunción de inferioridad cultural. Además, se consideran incluidos todos los pueblos que en el anterior convenio aparecían mencionados como “semitribales” ya que “*la aplicabilidad del convenio no debe estar supeditada a cálculos acerca del grado en que los grupos indígenas o tribales interesados conserven sus características tradicionales*”.⁶⁸ La supresión de la referencia “semitribal” fue objeto de un punto específico en el cuestionario a los estados y las respuestas, que fueron abrumadoramente mayoritarias en ese sentido, se fundaban en las connotaciones despectivas e integracionistas del término.⁶⁹

Pueblos indígenas: La norma alude a los pueblos “considerados indígenas” (“who are regarded”) y se refiere a la tradición o uso en el país o el modo a través del que se identifica habitualmente a estos pueblos. Según Thornberry, los rasgos generales de los pueblos indígenas son: 1) vínculos espirituales con la tierra, 2) sobrevivencia cultural pese a la persistente opresión estatal 3) sufrimiento de la experiencia colonial.⁷⁰ En el Convenio 107 el concepto “indígena” se encontraba subsumido en el de “tribal”. En cambio en el nuevo texto se trata de dos situaciones que pueden ser diferentes, de modo que la caracterización como “indígena” no es dependiente de la organización tribal (lo que tendrá relevancia para la cuestión de los indígenas urbanos).

Lo que determina la condición indígena es la descendencia de pueblos ante-

66 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 113.

67 El texto no hace distinciones por nacionalidad y debe aplicarse la misma interpretación que ha realizado el Comité de Derechos Humanos respecto al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Observación General N° 23.

68 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 36.

69 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 17.

70 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 409.

riores a la colonización. La norma se refiere a la misma “preexistencia” mencionada en la Constitución Nacional, aclarando que los pueblos originarios pueden haber habitado una región geográfica que incluye a más de uno de los actuales estados, precisión de relevancia para comprender el artículo 32 sobre contactos entre fronteras.

La mención al “establecimiento de las actuales fronteras estatales” fue propuesta por Noruega⁷¹ con el fin de abarcar la particular situación de pueblos que precedieron en el tiempo a los límites actuales de los estados. Así sucede con el pueblo Sami en Suecia, Noruega y Finlandia, el pueblo Mapuche en Argentina y Chile y el pueblo Aymara en varios países andinos, entre muchos otros.

La aplicación del Convenio a los pueblos indígenas no depende de su previo reconocimiento estatal como tales, ya que se aplica a los pueblos que se hallan en la situación descrita “cualquiera que sea su situación jurídica”. No es admisible que los derechos establecidos en un instrumento internacional de derechos humanos se encuentren supeditados a la previa existencia de un acto administrativo oficial.⁷²

Los pueblos indígenas han de ser considerados tales porque “conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. El proyecto expresaba “tradicionales instituciones” y se reemplazó por “propias instituciones”, de modo que no se requiere que éstas sean antiguas, y por ello, se suprimió el párrafo del Convenio 107 que hablaba de “instituciones... de dicha época”. Puede conservarse sólo “parte” de las instituciones aún cuando no sea la parte principal. Ello responde a las críticas que se formularon al requisito de conservación de instituciones “tradicionales” ya que los pueblos pueden haber sido despojados de ellas contra su voluntad, y excluirlos del Convenio por esta razón implicaría legitimar el despojo y la colonización que se quieren reparar.⁷³ Es difícil, sin embargo, que el grupo no mantenga instituciones propias si se autoidentifica como indígena. Por ello, no importa el grado de desarrollo económico que tengan los pueblos. No sólo porque tal recaudo no está mencionado en la norma sino también porque se trata de una consecuencia del criterio general adoptado para modificar el Convenio 107 de modo de orientar el nuevo texto a la protección de una cultura, una organización social y un modo de vida diferentes.

71 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 16.

72 Capotorti, *Study...*, pág. 35.

73 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 17.

Indígenas y minorías

La temática de las minorías en el derecho moderno ha tenido su origen en Europa, especialmente como resultado de los conflictos producidos por la existencia y posterior desintegración de los imperios Ruso, Otomano y Austro-Húngaro. La presencia de numerosos grupos étnicos y lingüísticos diferenciados dentro de un mismo sistema legal originó respuestas particulares en los ámbitos de la administración, la justicia y la educación, tendientes a lograr formas de convivencia más estables en el marco de un mismo Estado. En el período de entreguerras, además, se prestó especial atención a formas de garantía realizadas por medio de tratados internacionales.⁷⁴ Sin embargo, después de 1945 hubo prevenciones sobre el enfoque colectivo del tema puesto que aquellas cláusulas habían sido utilizadas por el nazismo para invadir Checoslovaquia y Polonia, argumentando desprotección de los grupos alemanes en esos países. Por ello, los iniciadores del sistema internacional de derechos humanos consideraron que las minorías se encontraban adecuadamente protegidas si se garantizaban los derechos individuales de sus miembros.⁷⁵ Esta concepción fue la que quedó plasmada en la Declaración Universal, que no menciona los derechos de las minorías aunque reconoce que sólo en su comunidad puede el individuo “desarrollar libre y plenamente su personalidad” (artículo 29.1). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 fue el primer instrumento que trató con generalidad el tema estableciendo el derecho individual de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “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”.

Al presente se considera que, aunque la temática indígena y la de las minorías étnicas son diferentes, se encuentran relacionadas. Sin embargo, esto es así a partir de las últimas décadas del siglo XX debido a la creciente presencia en los ámbitos nacional e internacional de las organizaciones indígenas y a la decisión del Comité de Derechos Humanos de incluir los derechos indígenas dentro del artículo 27 del Pacto.⁷⁶ Con anterioridad, se consideraba que la situación de los pueblos indígenas (a los que se denominaba “poblaciones”) difería totalmente de la de las

74 Una somera historia de los instrumentos jurídicos utilizados y de los problemas que acrecieron (entre ellos el de su empleo por la Alemania nazi, que alegaba su derecho a la protección de las minorías germánicas en países vecinos) se encuentran en Capotorti, *Study...*, cap. II y en Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, cap. 4.

75 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, pág. 15.

76 Observación General N° 23 (Artículo 27) del Comité de Derechos Humanos.

minorías: la preocupación en torno a éstas consistía en cómo respetar ciertos rasgos culturales propios como el idioma y la religión sin afectar la unidad del Estado. En tanto que, respecto de los pueblos indígenas, el objetivo central consistía en su asimilación a las sociedades nacionales del modo menos traumático posible, ya que se daba por supuesto que se trataba de grupos humanos de organización “primitiva” y en vías de natural extinción. El Convenio 107 de la O.I.T. reflejaba esta preocupación por la integración gradual y no forzada. Para la misma época en que se debatía este convenio, la postura de los países latinoamericanos en relación al texto que luego sería el artículo 27 del Pacto, consistía en afirmar que se trataba de una problemática eminentemente europea ya que en esta región “no reconocían la existencia de minorías”.⁷⁷

Como se indicó, las observaciones y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos relacionadas con los pueblos indígenas se basan en el aludido artículo 27. El Comité ha considerado desde el inicio que dicha norma tiene como finalidad la protección de la diversidad cultural, de modo que el concepto de “minoría” tiene un sentido propio dentro del Pacto y abarca incluso situaciones en donde los pueblos indígenas constituyen la mayoría numérica de la población, como Bolivia y Guatemala⁷⁸. También se considera a los pueblos indígenas amparados por la Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. por Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

No obstante, la consideración de los pueblos indígenas debe ser separada de la temática general de las minorías, tal como resulta en la Declaración de Viena de 1993, que a propuesta del movimiento indígena distingue los derechos indígenas (párrafo 20) de los derechos de las minorías (párrafo 19). El mismo camino diferenciador siguieron los convencionales argentinos que elaboraron el nuevo texto constitucional en 1994.⁷⁹ Esta distinción se funda en que la brecha cultural entre los pueblos indígenas y los grupos dominantes dentro de los estados no guarda

77 Esta fue expresamente la postura de Brasil, Chile y Perú, cuya preocupación era evitar que los grupos de inmigrantes, generalmente europeos, pretendieran derechos especiales. La situación indígena no era siquiera tenida en cuenta. Thornberry, *International Law...*, págs. 154 y 155.

78 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 153

79 Rosatti, Horacio D.; “Status constitucional de los pueblos indígenas argentinos” en Rosatti y otros, *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1994, pág. 199.

parangón con las diferencias existentes en Europa. La historia, por su parte, no permite demasiadas analogías con las minorías europeas sino que acerca los pueblos indígenas a determinados problemas que afrontaron los pueblos colonizados por las potencias imperiales, especialmente en África y en Asia. Kymlicka distingue al menos dos categorías de grupos diferentes que por origen y aspiraciones son merecedoras de diferentes tipos de derechos: las que él llama “minorías nacionales” incorporadas a la fuerza dentro de la jurisdicción política ejercida por una cultura extraña y dominante, y los “grupos étnicos” surgidos de la inmigración individual y familiar.⁸⁰ Las primeras, que incluyen a los pueblos indígenas, gozaban de autogobierno al momento de ser incorporadas al Estado y por ello exigen “*diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas*”.⁸¹

Este último enfoque muestra que pese a sus diferentes raíces históricas, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las minorías tienen cierta analogía. Como no existen motivos para que el concepto de “minoría” quede delimitado a los estereotipos europeos, tal como lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos, la postura de Kymlicka permite una concordancia satisfactoria entre derechos que salvaguardan la diversidad cultural, pese a las situaciones diferentes que los originaron. El texto de la Declaración también da lugar a que no haya fronteras nítidas, por cuanto afirma que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos”, al tiempo que reconoce que “todos los pueblos” tienen derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, en tanto todos “contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad” (preámbulo).

El criterio de autoidentificación

El segundo apartado del artículo dice que “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”. Esta norma introduce el criterio de autoidentificación, que no figuraba en el Convenio 107 ni

80 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, pág 25, quien sin embargo reconoce la insuficiencia de esta clasificación dando como ejemplo a los afroamericanos, que no hallan lugar en ninguna de las dos historias.

81 *Idem*.

en los proyectos de reforma, y fue agregada a propuesta de la delegación argentina (con la adhesión de Australia, México, la central obrera canadiense y todas las organizaciones indígenas).⁸²

Aún luego de la propuesta, la representación argentina consideró que la referencia final a la “conciencia de la identidad” resultaba insuficiente para abarcar la realidad indígena.⁸³ Sin embargo, las versiones del texto, en inglés y en francés (que deben prevalecer sobre la traducción castellana de acuerdo al artículo 44) despejan las objeciones de nuestra delegación. En inglés se dice “auto identificación” (“*self-identification*”) en tanto que el texto francés se refiere al “sentimiento de pertenencia” (“*sentiment d’appartenance*”). En ambos casos el aspecto voluntario aparece más destacado que en la versión castellana ya que el término “conciencia” se asocia a una cierta correspondencia con parámetros externos, que en los textos auténticos no aparece. Es por eso que el criterio debe interpretarse como de “auto-identificación” lisa y llana.

Este *criterio fundamental* tiene lugar porque la diversidad de situaciones a abarcar hace que los enfoques sociológicos e históricos no sean suficientes para determinar el ámbito de aplicación personal del Convenio. “*En algunos casos se trata de pueblos que viven totalmente aislados en la selva, pero en otros dichos pueblos están integrados en las culturas y economías nacionales, si bien conservan ciertos rasgos culturales distintivos. Hay grupos que desean conservar sus tradiciones y culturas, y otros que desean integrarse en la sociedad nacional a fin de gozar de las ventajas concedidas a los demás ciudadanos... Todos ellos deberían tener el derecho de conservar sus culturas y de administrar sus propios asuntos, y los países donde viven deberían respetar estos derechos*”.⁸⁴

La autoidentificación es un criterio político, limitativo del poder estatal y vinculado a la libre determinación. La atribución exclusiva a una autoridad externa, como el Estado, para definir quién es indígena y quién no, equivaldría a la denegación de la autonomía, ya que el primer ejercicio de ésta es la propia capacidad de determinar quiénes pertenecen al grupo y quiénes no.⁸⁵

82 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 15.

83 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 13.

84 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 97.

85 Walzer, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1997, pág. 44.

El objetivo del Convenio es revertir las situaciones de discriminación y colonización estructurales, estableciendo formas de articulación institucional entre dos sistemas de organización política y social, uno basado en la lealtad comunitaria y el otro fundado en las estructuras impersonales del Estado de funcionarios. Por eso, la determinación del alcance de sus normas constituye un primer ejercicio de participación política indígena en el ámbito del “poder de definir”. Suponer que el ejercicio de los derechos indígenas debe depender exclusivamente de la aplicación de los mal llamados aspectos “objetivos” es dar prioridad al poder de definición de los funcionarios del Estado. Por el contrario, otorgar primacía a la autoidentificación es colocar en los propios pueblos indígenas el señalamiento de los límites de su pertenencia. La opinión internacional prevaleciente en cuestiones de minorías se orienta hacia este último sentido, no sólo por la práctica imposibilidad de definir conceptos como “minoría” o “indígena”, sino además por la peligrosa tendencia de los estados de excluir a los grupos diferentes del tratamiento legal a que tienen derecho.

Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, al examinar los informes de los estados sobre la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, opinó que esa definición “*si nada justifica lo contrario, se basará en la definición hecha por la persona interesada*”.⁸⁶ En similar sentido, el Tribunal Internacional establecido para juzgar los crímenes en Ruanda resolvió que “*el criterio primario para definir a un grupo étnico es el sentido de pertenencia a dicho grupo*”.⁸⁷

Como la autoidentificación constituye un criterio fundamental,⁸⁸ la aplicación de los criterios sociológicos e históricos debe hacerse teniendo en cuenta el sentido de pertenencia. Además, la autoidentificación debe realizarse en un contexto de plena libertad e información, sin discriminación de hecho o de derecho, pues en caso contrario, la negativa a identificarse como indígena sería consecuencia de las desventajas que acarrearía y no la expresión de una identidad libremente asumida. Aquí, como en todos los casos, la no discriminación es una condición necesaria para el ejercicio de derechos diferenciados.⁸⁹

86 Recomendación General VIII (1990).

87 Citado por Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 246, nota 16.

88 “Fundamental” es más contundente que la redacción del segundo proyecto, en donde se decía “un criterio importante”. O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 109.

89 Capotorti, *Study...*, pág. 40.

El Convenio no aclara si la autoidentificación es exclusivamente un derecho colectivo o también puede ser reclamado individualmente. El ejercicio colectivo está fuera de duda ya que los artículos 5 y 6 establecen la participación de los pueblos en todas las cuestiones que les conciernen, y la O.I.T. requiere de los gobiernos una implementación participada del principio de autoidentificación, de conformidad con dichas normas.⁹⁰ El problema se plantea en caso de conflicto acerca de la pertenencia entre un individuo y la comunidad, ya que si bien ésta no puede ser compelida a incluir a extraños, tampoco podría negar a sus miembros el derecho a la identidad. Por ejemplo, en el caso “Lovelace vs. Canada” el Comité de Derechos Humanos resolvió que *“las personas que nacieron y se criaron en una reserva, que tienen lazos con su comunidad y desean mantenerlos normalmente son consideradas como pertenecientes a dicha minoría dentro del sentido del Pacto”*⁹¹. Así, las cuestiones de pertenencia parecen destinadas a ser resueltas entre tres actores, el individuo, la comunidad y el Estado. *“Hay ámbitos en donde una de las voces debe prevalecer, pero no es claro exactamente dónde; lo que sí es claro es que los estados no tienen la última palabra en cuestiones de identidad”*.⁹²

El criterio de autoidentificación es también el que debe utilizarse para recabar la información estadística imprescindible para la planificación y ejecución de las políticas públicas y para el control de cumplimiento de los tratados. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial desde 1973 ha instado a los estados a informar la composición demográfica de la población⁹³ y que al determinar o reconocer los grupos étnicos en sus territorios se sujeten a las normas internacionales que establecen el principio de autoidentificación.⁹⁴ En sus observaciones a la Argentina de los años 2004 y 2010 el Comité manifestó que le preocupaba *“la falta de datos estadísticos en el informe del Estado Parte sobre la composición demográfica de la población”*⁹⁵ ya que dicha información es necesaria para evaluar el cumplimiento de la Convención y supervisar las políticas a favor de las minorías y los pueblos indígenas.⁹⁶

90 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Honduras, informe de 1999, pág. 37.

91 Comunicación 24/1977, dictamen del 30 de julio de 1981.

92 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 410.

93 Recomendación general IV (1973).

94 Recomendación general VIII (1990) y Recomendación general XXIV (1999).

95 CERD, examen de los informes presentados por los Estados partes, Argentina, párrafo 8 (diciembre de 2004).

96 *Idem*. También el examen de Argentina, párrafo 18 (marzo de 2010).

De acuerdo a la O.I.T., el reconocimiento y la identificación de los pueblos indígenas tienen repercusiones en su visibilidad en las estadísticas nacionales y en los sistemas de información, como así también en la capacidad de los estados para responder a sus necesidades y prioridades específicas y para monitorear el impacto de las intervenciones.⁹⁷ Es por ello que resulta una obligación del Estado incluir en sus censos generales cuestionarios acerca de la identificación con los pueblos indígenas, los que deberían realizarse con participación de las representaciones indígenas y una debida difusión pública.⁹⁸

Indígenas urbanos

En Argentina no parecen existir los problemas que la aplicación del concepto “indígena” ha traído en África o Asia, en donde muchos gobiernos niegan su pertinencia. Sin embargo, respecto a la situación de los indígenas urbanos es necesario exponer algunas precisiones.

Si bien los pueblos originarios americanos constituyen sociedades mayoritariamente rurales, es erróneo sostener que la vida urbana resulta extraña a la cultura indígena ya que aún antes de la llegada de los españoles existían importantes ciudades como México, Cuzco o Quito. De modo que pretender excluir la temática indígena urbana de las previsiones del Convenio 169 no sólo carece de fundamento legal, pues ninguna norma establece tal distinción, sino que además es históricamente errado. Los indígenas que viven en las ciudades también se encuentran amparados por los derechos que la Constitución y los tratados reconocen a los pueblos indígenas.

Las situaciones más comunes que suelen presentarse son las de quienes nacieron y crecieron en una comunidad indígena y se trasladaron luego al ámbito urbano y las de aquellos que se consideran indígenas por su origen familiar y tradición, pese a haberse criado en una ciudad. Respecto de los primeros, aparece con claridad que la identidad no se pierde contra la voluntad del interesado, tal como se ha resuelto en el caso “Lovelace”. Sobre los segundos, teniendo en cuenta el criterio

97 O.I.T., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, Ginebra, 2009, pág. 10.

98 Ver comentarios a los artículos 6, 30 y 31 del Convenio.

de autoidentificación, el Estado no podría negar la identidad indígena reconocida colectivamente por los integrantes del propio pueblo. La posibilidad de mantener la identidad pese a afrontar “nuevas condiciones de vida y de trabajo” está expresamente mencionada en el artículo 5 del Convenio y se complementa con el artículo 27 del Pacto, que menciona a las “personas pertenecientes” a minorías étnicas. De todos modos, la interpretación del Convenio en el ámbito urbano debe realizarse de conformidad con el artículo 34 que determina la flexibilidad en su adaptación a las condiciones particulares. De este modo, aunque en ciertos casos podrían no tener cabida disposiciones concebidas para comunidades rurales, ello no impide que muchas normas que establecen el reconocimiento y respeto de la diferencia cultural (como las relativas a organización grupal, educación, religión, costumbres, etc.) resulten plenamente aplicables.

El concepto “pueblos”

La utilización del término “pueblos” en lugar de “poblaciones” fue un punto extensamente debatido en 1988 y 1989, que se resolvió en gran parte de conformidad con las pretensiones de las representaciones indígenas. El Convenio 107 se refería a poblaciones indígenas y tribales pero en la discusión del Convenio 169 ello fue puesto en cuestión desde el inicio. *“Los representantes indígenas declararon que la palabra ‘pueblos’ indicaba que dichos grupos humanos tenían identidad propia y reflejaba más adecuadamente la opinión que ellos tenían de sí mismos, mientras que el término ‘poblaciones’ denotaba sólo una mera agrupación de personas. Señalaron también que varios países ya utilizaban el término en su legislación nacional, y que su uso había sido aceptado en debates celebrados en las Naciones Unidas y otras tribunas internacionales”.*⁹⁹

En contra de ello cabría citar como ejemplo a la representación de Ecuador, que consideró que *“la asignación de la categoría de ‘pueblos’ a las comunidades indígenas que habitan en territorio ecuatoriano y la atribución a ellas de derechos sobre los recursos del subsuelo pueden prestarse a interpretaciones y distorsiones del concepto de autodeterminación atentatorias contra los principios constitucionales y de soberanía”.*¹⁰⁰

99 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 33.

100 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 3. No obstante Ecuador ratificó el convenio

México, en cambio, entendió que “*el término ‘pueblos’, referido a la autodeterminación y autonomía, no implica necesariamente separación del Estado, sino que por el contrario consolida a este último*”.¹⁰¹

El punto central tenido en mira en aquel debate era que el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”, por lo que varios estados consideraban entonces que el término “pueblos indígenas” posibilitaba la independencia política. Así, la discusión acerca de la calificación de “pueblos” y su moderación en la redacción final reflejó “*una aversión por parte de numerosos estados de expresar un reconocimiento al derecho a la libre determinación de los grupos indígenas por miedo a que ello implique un efectivo derecho de secesión*”.¹⁰²

Para llegar a un consenso se propusieron fórmulas como “libre determinación limitada a los derechos económicos, sociales y culturales” (ver comentario al artículo 7),¹⁰³ libre determinación “dentro de los límites de la legislación nacional” (Australia) lo que no implicaba exclusión de los pactos de derechos humanos, o “autodeterminación interna” (Suiza).¹⁰⁴ La solución se halló a través del siguiente texto: “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”. A través de él se dejó abierta la cuestión considerándose que excedía el ámbito de competencia de la O.I.T. pronunciarse respecto a la libre determinación de los pueblos indígenas.¹⁰⁵

Para James Anaya, actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, es de todos modos evidente “*que el concepto normativo que anima el discurso indígena de libre determinación ha alcanzado un grado sustancial en el Convenio 169. Incluso el calificado uso del término pueblos implica una cierta afirmación de identidad grupal indígena y sus correspondientes atributos comunitarios. Más allá de sus defectos, el Convenio 169 es claro en afirmar el valor de las comunidades*

en 1998 y en su actual Constitución se reconoce como Estado intercultural y plurinacional.

101 *Idem*, pág. 11.

102 Anaya, *Indigenous Peoples...*, pág. 49.

103 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 116.

104 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pags. 18 a 21.

105 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 112.

*y culturas indígenas y establecer una serie de normas básicas en este sentido”.*¹⁰⁶

Actualmente la cuestión ha perdido el carácter polémico que tenía en 1989, puesto que el derecho internacional ha reconocido el carácter de “pueblos” a los pueblos indígenas así como su derecho a la libre determinación en el marco de los estados en que viven, tal como ha quedado reflejado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁰⁷

Los pueblos indígenas argentinos

Aún antes de la redacción del Convenio 169 la legislación argentina había incorporado el criterio de autoidentificación en el artículo 2 de la Ley 23.302 (1985) cuyo texto establece que “Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad”.

La posterior reforma a la Constitución Nacional en 1994 incorporó en el inciso 17 del artículo 75 el reconocimiento de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

A partir de dichos textos, surgió una interpretación que considera el carácter “argentino” como excluyente de ciertos grupos (que serían los indígenas “no-argentinos”), quienes carecerían de esos derechos.¹⁰⁸

Sin embargo, no aparece en los debates de la reforma que se hubiera tenido la intención de establecer alguna diferencia de ese tenor. El término “argentinos”, agregado a los *pueblos indígenas* cuya preexistencia étnica y cultural se reconoce, seguía la fórmula similar ecuatoriana de entonces¹⁰⁹ y tenía como finalidad asegurar la integridad del Estado. Entenderlo de otro modo sería inadecuado, como lo señala

106 Anaya, *Indigenous Peoples...*, pág. 49.

107 Ver en la Introducción “La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos”.

108 Esta postura ha sido sostenida judicialmente por la Provincia del Neuquén.

109 Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 572.

Quiroga Lavié,¹¹⁰ ya que implicaría una categorización jurídico-política (“argentino”) que nace posteriormente al Estado, aplicada a pueblos que lo preexistieron.

De todos modos, esta no es una cuestión que pueda debatirse teniendo sólo en mira el derecho interno argentino. Los derechos de los pueblos indígenas conforman un capítulo del derecho de los derechos humanos al que se le aplican todos los principios generales en esta materia, especialmente el de no discriminación por origen nacional, establecido en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo reconocen excepciones en el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía.

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General 23 aclaró que *“ningún Estado Parte puede limitar la aplicación de los derechos enunciados en el artículo 27 exclusivamente a sus nacionales. El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a minorías que ‘existan’ en un determinado Estado Parte”*.

Por otra parte el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial entiende como “discriminación” “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, 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” (artículo 1.1). Se trata de una norma incorporada al ius cogens como principio inderogable de comportamiento de los estados.

De modo que no sólo no es razonable establecer distinciones basadas en el origen estatal respecto de pueblos que precedieron a los estados, sino que además pretender hacerlo constituiría un acto discriminatorio prohibido tanto en el orden internacional como en el interno.

110 Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Angel y Cenicacelaya, María de las Nieves; *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I, pág. 329.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Lineamientos generales. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 8.

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 forzadas;

e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 15.

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 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.

La nueva orientación

El artículo 2 fue el más criticado del Convenio 107 y su revisión originó una gran discusión.¹¹¹ El suprimido párrafo 3 fue especialmente criticado por aludir al “fomento de la dignidad” (como si los pueblos indígenas no la tuvieran), la promoción de la “utilidad social” (como si no poseyeran una organización social)

111 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 18.

y la “iniciativa individual” (que es contraria al espíritu comunal).¹¹² La norma se ha modificado totalmente, incorporando los principios de protección y respeto a los pueblos, su cultura y sus derechos. Se eliminó también el objetivo de integración que figuraba en el Convenio anterior.

En relación a los pueblos indígenas, el artículo clarifica las obligaciones generales de los estados respecto de los pueblos diferentes y minorías que viven en su territorio (artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Estas obligaciones no consisten en un mero deber pasivo de tolerar su presencia. Por el contrario, los estados deben realizar acciones tendientes a proteger el mantenimiento de su identidad colectiva, tal como lo habían sostenido la doctrina¹¹³ y el Comité de Derechos Humanos.¹¹⁴ Si el “no se negará” sólo impusiera un deber de no actuar, ello supondría presumir que el Estado es culturalmente neutro. Se trata de una suposición falsa puesto que el Estado utiliza los recursos generales (incluidos los producidos por las minorías y los apropiados a los pueblos indígenas) para reproducir una cultura, la propia de los integrantes de la nacionalidad o etnia dominante. Así, una interpretación restringida de aquellas normas “naturalizaría” las consecuencias de situaciones de histórica injusticia como si hubieran sido el resultado espontáneo de voluntades libres y no el producto de relaciones de desigualdad e incluso de violencia.

Las obligaciones generales de los estados

Dice la guía oficial de la O.I.T.: “*En todo el mundo, existen desigualdades arraigadas entre los pueblos indígenas y las comunidades dominantes dentro de los límites del estado. El Convenio núm. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas exigen a los gobiernos que garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y trabajen junto con las comunidades indígenas para poner fin a la discriminación en cuanto a las desigualdades en los resultados – diferencias en salud, educación, empleo, etc. – y a las desigualdades en los procesos de gobernanza – participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, en las instituciones y programas del gobierno. Para alcanzar estos propósitos, el*

¹¹² Thornberry, *International Law...*, pág. 370.

¹¹³ Capotorti, *Study...*, pág. 36; Thornberry, *International Law...*, Cap. 18.

¹¹⁴ Observación General N° 23 (1994).

*Convenio especifica a) la necesidad de contar con una acción coordinada y sistemática, que permitirá la integración de los derechos de los pueblos indígenas a las estructuras del gobierno en los diferentes sectores y programas; b) reafirma que los pueblos indígenas deben disfrutar de todos los derechos fundamentales, otorgados a todos los ciudadanos, y c) establece medidas especiales para eliminar la discriminación”.*¹¹⁵

El artículo consta de dos párrafos. En el primero, se señala la obligación general de proteger los derechos de los pueblos indígenas y de garantizar el respeto de su identidad mediante una actividad desarrollada con su participación. En el segundo, se determina que dicha acción de gobierno debe incluir medidas para asegurar la igualdad de derechos y oportunidades, la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales respetando su cultura e instituciones y la eliminación de las diferencias socioeconómicas. Los derechos se garantizan colectivamente a “los pueblos” e individualmente a sus “miembros”, término agregado a la propuesta argentina que enfatiza la pertenencia grupal (no se dice “personas” o “individuos”, ni “elementos” como en el Convenio 107).¹¹⁶ Aún en su ejercicio individual se trata de derechos que se ejercen grupalmente y que protegen la identidad, prácticas e instituciones diferenciadas de los pueblos indígenas.

La situación de los pueblos indígenas, dice la O.I.T., “*es el resultado de procesos de discriminación históricos que han influenciado todos los aspectos de sus vidas y que tienen un efecto transversal en todos los sectores y trascienden los límites administrativos y las estructuras institucionales*”.¹¹⁷ Por eso, la obligación de revertir estos procesos incumbe a “los gobiernos” en el sentido más amplio del término, o sea a todos los poderes y niveles del estado.

“*En términos prácticos, la acción coordinada y sistemática conlleva implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos para garantizar que estén alineados con las medidas tendientes a velar por los derechos de los pueblos indígenas, como así también el establecimiento de mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de los pueblos indígenas*”.¹¹⁸ Por eso, si bien el concepto de acción parece más adecuado para la administración, las medidas mencionadas en el párrafo segundo deben tenerse pre-

115 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 29.

116 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 15.

117 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 29.

118 *Idem*.

sententes y orientar las leyes e incluso las sentencias judiciales. Como lo ha sostenido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales “*Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables*”.¹¹⁹

La acción de los estados deberá contar con la participación indígena. La Comisión de Expertos de la O.I.T. considera “*que los artículos 2 y 33 del Convenio, leídos conjuntamente, disponen que los gobiernos tienen la obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, acciones coordinadas y sistemáticas para proteger los derechos y garantizar la integridad de esos pueblos*”.¹²⁰

El criticado paternalismo del texto anterior (“protección de poblaciones”) se reemplaza por la “protección de derechos”, que son tanto los garantizados por el derecho internacional como los que establece el derecho interno, ya que el texto no hace diferencias y además determina que prevalece el mayor nivel de protección (artículo 35 del Convenio). Los derechos van unidos con el respeto a la *integridad* de los pueblos. Ella se refiere al propio universo social, económico y cultural, al conjunto articulado de “valores, prácticas e instituciones”, mencionados en el artículo 5 del Convenio, que no pueden ser alterados en una parte sin afectar el conjunto. Se trata del derecho de los pueblos indígenas a continuar su existencia como tales.¹²¹

En el mismo sentido de la norma comentada, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial determinó que la Convención obliga a los estados a tomar medidas apropiadas respecto a los pueblos indígenas para: a) reconocer y respetar su distintas culturas, historias, lenguajes y modos de vida, como un enriquecimiento de la identidad cultural de los estados, y promover su preservación; b) asegurar que los miembros de los pueblos indígenas son libres e iguales en dignidad y derechos y libres de cualquier discriminación; c) proveer a los pueblos indígenas de las condiciones que permitan un desarrollo económico y social sustentable compatible con sus características culturales.¹²²

119 Observación general N° 3 (1990).

120 O.I.T., Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEA-CR). Observación general sobre el Convenio núm. 169. Publicación: 2009.

121 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 15.

122 Recomendación General XXIII (1997).

Los estados se encuentran obligados a adoptar medidas *que aseguren* la igualdad de derechos y oportunidades de los miembros de los pueblos indígenas con respecto a los demás sectores de la población. Se trata de una obligación de resultado¹²³ consistente en que los pueblos indígenas no sean perjudicados mediante una discriminación de hecho o de derecho en su contra. La ausencia de discriminación es el prerequisite del respeto del derecho a la identidad étnica y cultural¹²⁴ y no consiste solamente en una garantía formal de igualdad ante la ley sino que requiere medidas (legislativas o de otro carácter) que permitan una igualdad real, lo que puede llegar a necesitar un tratamiento preferente con el fin de compensar las desigualdades de hecho.¹²⁵

El párrafo 2.b establece que la acción estatal promoviendo la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales¹²⁶ debe realizarse respetando las pautas culturales propias, lo que implica, entre otros aspectos, tener en cuenta las modalidades indígenas en la vivienda,¹²⁷ pautas alimentarias,¹²⁸ trabajo (artículo 20 del Convenio), salud (artículo 25) y educación (artículo 27). El respeto a las “instituciones” comprende a las formas propias de organización política (artículo 5).

Los estados se encuentran obligados a promover el desarrollo económico de los pueblos indígenas “de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”. El término “ayuden” tiene el sentido de dejar en claro que las prioridades de desarrollo no se establecen por los gobiernos sino por los pueblos indígenas (artículo 7). El desarrollo a que se refiere el Convenio no implica dejar de ser indígena y disolverse en la sociedad “moderna”. Asimismo, se suprimieron las referencias a “nivel de vida” que había en los proyectos, por su connotación etnocentrista, ya que

123 Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990).

124 Capotorti, *Study...*, pág. 40.

125 Así lo establece también el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional.

126 Fundamentalmente los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador.

127 Observación general N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991).

128 Observación general N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). Propuesta de las organizaciones indígenas en los trabajos preparatorios de la Declaración Americana. Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, O.E.A., Washington DC, 2000, pág. 63.

sugerían que existe una escala común para medir las diferencias entre culturas.¹²⁹ Con la oposición de los Estados Unidos se suprimió además el apartado 3 del artículo 2 del Convenio 107, que propendía al estímulo de la “iniciativa individual”, directiva que resultaba incompatible con el respeto a las formas de vida comunitarias y el derecho a establecer colectivamente las prioridades de desarrollo (artículo 7).

Con la nueva redacción, el artículo resulta mal ubicado en el texto, debido al cambio en la orientación general. El Convenio 169, a diferencia del Convenio 107, es un tratado de reconocimiento y garantía de los derechos de los pueblos indígenas. La actividad estatal entonces tiene que ser el resultado de la incorporación de tales derechos por lo que no debería figurar antes de que estos se determinen.

129 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), págs. 15 y 16.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Derechos humanos. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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 fundada, en su origen o identidad indígenas.

Artículo 6.

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

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.

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.

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.

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.

Los derechos colectivos

El primer párrafo del artículo es completamente nuevo y fue establecido con el fin de expresar con claridad la nueva orientación del Convenio como tratado de derechos humanos. La inclusión tuvo lugar al eliminarse el tercer apartado del artículo 2 del Convenio 107 que implícitamente establecía la protección por razones de “inferioridad cultural”. Como estos derechos se garantizan a los pueblos, la norma no es una mera reiteración de los tratados de derechos humanos, sino que implica el reconocimiento de la dimensión colectiva en el ejercicio de los derechos. Dimensión que no se encontraba explícita en otros instrumentos internacionales hasta la aprobación de la Declaración, pues la *“conceptualización y articulación de estos derechos colisiona con la dicotomía conceptual individuo/estado que se ha mantenido en las concepciones dominantes de la sociedad humana y persistido en la formulación de las normas internacionales”*.¹³⁰

La razón de la emergencia de los derechos colectivos se encuentra en que las garantías brindadas por los derechos individuales es insuficiente e inadecuada para los pueblos y minorías que poseen características colectivas únicas, de modo que los derechos vinculados con estas características culturales dependen de la protección del pueblo o del grupo como un todo además de la de sus miembros individualmente considerados.¹³¹ El disfrute por parte de cada miembro, de bienes culturales como el idioma, el derecho, la religión o la institucionalidad política, no puede realizarse de modo individual sino como parte de la colectividad.

Esto significa que la protección de los derechos individuales requiere al mismo tiempo la protección del colectivo humano al cual el individuo pertenece.¹³² La preservación de la identidad colectiva permite el disfrute de los derechos hu-

130 Anaya, *Indigenous Peoples...*, pág. 48.

131 Mackay, Fergus; *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Asociación Pro Derechos Humanos, FIDH, Lima, 1999, pág. 53.

132 Thornberry, *International Law...*, pág. 353.

manos individuales ya que éstos no se realizan en el vacío sino en el mundo social propio de su titular, la comunidad en donde él o ella se identifican como parte. Por eso, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que sólo en comunidad el individuo puede desarrollar libre y plenamente su personalidad (artículo 29).

Cuando las violaciones a los derechos humanos se producen en un marco cultural homogéneo y no dentro de un conflicto entre culturas, muchas veces se pierde de vista esta dimensión colectiva. Sin embargo, cuando se desconocen las garantías individuales en un contexto más amplio de opresión a otros pueblos, es imprescindible tomar en cuenta este aspecto, pues la pérdida de derechos de un individuo es, al mismo tiempo, una disminución de los derechos de todos, y viceversa. Este es el fundamento por el cual en el artículo 12 se reconoce la legitimación colectiva de las organizaciones representativas indígenas para actuar en defensa de los derechos individuales.

También por ello el Convenio 169 y la Declaración reconocen derechos específicamente colectivos que sólo pueden ser ejercidos en común. Este reconocimiento se produce porque el énfasis tradicional sobre los derechos individuales implica una protección inadecuada para los pueblos indígenas, quienes poseen características únicas.¹³³ Se trata del derecho a la existencia como grupo humano diferente, a no ser discriminados, a la identidad, a la autonomía y a sus territorios.¹³⁴ La redacción del primer párrafo no deja dudas de que todos los derechos establecidos en el Convenio se incluyen entre los “derechos humanos y libertades fundamentales”.

Mecanismos especiales de la ONU sobre pueblos indígenas ¹³⁵

Dice la Guía de la O.I.T. que “*Podría parecer innecesario o repetitivo indi-*

133 Mackay, *Los derechos...*, pág. 53.

134 Los tres primeros en conjunto como parte de los derechos de las minorías enunciados en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Thornberry, *International Law...*). Los restantes como derechos específicos de los pueblos indígenas, tal como emergen del Convenio 169 y del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

135 Un amplio detalle de estos mecanismos se encuentra en: Instituto de Promoción de Estudios Sociales; *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas*, IPES, Pamplona, 2009.

*car que los pueblos indígenas deben gozar de tales derechos fundamentales pero, desafortunadamente, sus historias están a menudo marcadas por genocidio, etnocidio, discriminación, trabajo forzoso, y en muchos casos, todavía se comenten violaciones a los derechos fundamentales. Las violaciones actuales a los derechos fundamentales pueden, por ejemplo, tomar la forma de negación de la ciudadanía, trabajo forzoso y tráfico humano o acceso restringido a los servicios de educación y salud. A menudo, las mujeres se ven más afectadas por tales violaciones que los hombres”.*¹³⁶

Esta especificidad de la protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas ha llevado a las Naciones Unidas a establecer distintos mecanismos para su atención. Además de los órganos de los tratados, a los que se hace referencia en el punto siguiente, en la órbita del Consejo de Derechos Humanos (CDH) funcionan el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Y en el ámbito del Consejo Económico y Social (ECOSOC) funciona el Foro permanente para las Cuestiones Indígenas.

El mandato del Relator Especial, establecido en el año 2001 por la entonces Comisión de Derechos Humanos, es uno de los procedimientos temáticos del Consejo de Derechos Humanos y el único procedimiento internacional responsable específicamente de la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. El Relator tiene competencia para recolectar información y comunicaciones relativas a violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas, formular recomendaciones sobre medidas para prevenir y evitar estas violaciones y trabajar en coordinación con otros procedimientos especiales y órganos de derechos humanos. El Relator presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General, lleva a cabo visitas a países, presenta las conclusiones y recomendaciones de estas misiones e intercambia comunicaciones con los estados sobre alegaciones de violaciones de derechos de los pueblos indígenas.

El Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas fue creado en diciembre de 2007 para brindar al Consejo de Derechos Humanos asesoramiento, basado en investigaciones sobre la mejor manera de desarrollar e integrar normas internacionales que promuevan y protejan los derechos humanos de los pueblos indígenas. La función de los expertos es recopilar propuestas y estudios,

¹³⁶ O.I.T., *Los derechos...*, pág. 32.

debatirlos, y sugerir medidas para garantizar la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, entre otras cosas, a través de la revisión y evaluación de las mejores prácticas y obstáculos para promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas. El Mecanismo de Expertos rinde informes al Consejo de Derechos Humanos.¹³⁷

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la O.N.U. es un organismo asesor del Consejo Económico y Social (ECOSOC), con 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. Se reúne una vez al año durante diez días, a partir del año 2002, con la participación de organizaciones indígenas de todo el mundo, presta asesoramiento especializado y formula recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al ECOSOC, así como a los programas, fondos y otros organismos de las Naciones Unidas, difunde las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas, promueve su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas y prepara y difunde información sobre la temática.

Los pueblos indígenas y los principales instrumentos de derechos humanos

El Convenio 169 y la Declaración son los dos únicos instrumentos internacionales especialmente dirigidos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, casi todos los tratados y declaraciones de derechos humanos contienen aspectos relevantes que en conjunto complementan aquellos y permiten su mejor comprensión.

Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948, ratificada por nuestro país en 1956 e incorporada a la Constitución Nacional en 1994, la convención *confirma* que el genocidio es un delito de derecho internacional. Por *genocidio* se entiende cualquiera de los actos que menciona el artículo II perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Tales actos consisten en la matanza, lesión grave a la integridad física o mental y sometimiento a condiciones que implican la destrucción física, de

137 *Idem*, pág. 34.

los miembros del grupo, además de las medidas destinadas a impedir los nacimientos y del traslado de los niños, castigándose también la asociación con tal fin, la instigación, la complicidad y la tentativa (artículo III). La convención protege el derecho a la existencia de los diferentes grupos étnicos sometidos a condiciones cercanas al exterminio físico o a la imposibilidad de reproducción.¹³⁸ Como todos los crímenes de derecho internacional que involucran graves violaciones a los derechos humanos, se trata de un delito imprescriptible e imposible de ser amnistiado o indultado¹³⁹.

Todo el proceso histórico de la colonización de América por las potencias europeas y luego por las repúblicas independientes ha tenido al genocidio de los pueblos indígenas como hecho fundacional. Sobre su dominación, exclusión y aniquilamiento cultural y físico, desde el sistema de encomiendas hasta la llamada “campana del desierto”, se han asentado los estados nacionales, sus sistemas jurídicos y las sociedades civiles que los sostuvieron. Así, la *norma fundamental o Grundnorm* de nuestros estados es un hecho al que el propio orden jurídico le reconoce el carácter de crimen imprescriptible. Como señala Zaffaroni, “*la contradicción es palmaria*”.¹⁴⁰

En esta contradicción y en el carácter racista y colonizador de los estados, que es su consecuencia, se asientan tanto la emergencia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como las enormes dificultades y resistencias para su realización efectiva, ya que se trata de modificar la estructura del Estado y, como señaló recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a nuestro país, “*lograr el reconocimiento de sí mismo como un estado multiétnico*”¹⁴¹. Sólo advirtiendo que el centro de gravedad de los derechos de los pueblos indígenas se encuentra en la reparación del genocidio originario y en la reversión de sus consecuencias, se llegará a una comprensión adecuada de aquellos derechos fuera de los estrechos marcos en que suele interpretárselos cuando se asimila por completo su situación a la de las minorías especiales (discapacitados, minorías sexuales, etc.). Es por ello que posicionamos a la Convención contra el

138 Thornberry, *International Law...*, pág. 57.

139 Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso “Barrios Altos”, sentencia del 14 de marzo del 2001. También C.S.J.N. en “Priebke” (1995), Fallos 318:2148.

140 Zaffaroni, “Consideraciones...”, pág. 108.

141 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Examen de los informes presentados por los Estados, Observaciones finales, Argentina, 16 de marzo de 2010, párrafo 27.

genocidio en el primer lugar de los tratados de derechos humanos que se relacionan con los pueblos indígenas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención Americana, llamada también “Pacto de San José de Costa Rica” por haber sido firmada en esa ciudad en 1969, entró internacionalmente en vigencia en 1978 y nuestro país adhirió a ella en 1984, reconociendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Diez años después fue incorporada al texto constitucional.

Ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, ni la Convención, contienen especiales referencias a los pueblos indígenas o a las minorías étnicas. Sí en cambio lo hace la Carta Interamericana de Garantías sociales, adoptada junto con la Declaración en la Conferencia de Bogotá en 1948, que en su artículo 39, con una ideología integracionista, impone a los estados el deber de adoptar “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 la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación”, debiéndose además “hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños”.

No obstante esta falta de mención explícita, tanto la Comisión como la Corte han entendido que los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos protegen los derechos específicos de los pueblos indígenas. En el caso “Yanomami vs. Brasil”¹⁴² la Comisión resolvió que la invasión del territorio ancestralmente habitado por los Yanomami, provocada por la apertura de una carretera y posteriores explotaciones mineras, afectó la vida, seguridad, salud e integridad cultural de ese pueblo originario, violándose los artículos 1 (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad), 8 (derecho de residencia y tránsito) y 9 (derecho a la preservación de la salud y bienestar) de la Convención. En el caso “Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos”¹⁴³ la Comisión resolvió que los artículos XXIII (derecho a la propiedad) y XVIII (derecho a un juicio justo) de la Declaración amparan a los pueblos indígenas para que los estados reconozcan la propiedad de las tierras que ocupan y establezcan procedimientos adecuados para determinarlas. En el caso

142 Informe 12/85 del 5 de marzo de 1985.

143 Informe 75/02 del 27 de diciembre de 2002.

“Comunidades Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice”¹⁴⁴ la Comisión aplicó los criterios definitorios del Convenio 169 para determinar la condición indígena (pese a que el Estado no lo había ratificado) y requirió el reconocimiento de la propiedad de las tierras comunales así como que el Estado se abstuviera de realizar concesiones hasta la delimitación, demarcación y titulación de dichas tierras.

En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”¹⁴⁵ al decidir que el desconocimiento por parte del Estado de la propiedad de las tierras que los pueblos indígenas ocupan y la omisión en establecer mecanismos aptos para asegurar esa propiedad resultan violaciones a los artículos 25 (protección judicial) y 21 (derecho a la propiedad) de la Convención. Con anterioridad, en el caso “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”¹⁴⁶ la Corte había resuelto que el artículo 17 de la Convención (protección a la familia) amparaba los derechos de los pueblos indígenas a preservar sus instituciones familiares propias, diferentes de las del código civil estatal.

Durante la primera década de este siglo y a partir del caso “Awes Tingni”, la Corte Interamericana ha avanzado en un conjunto de decisiones que permiten establecer el umbral mínimo de derechos garantizados por la Convención a los pueblos indígenas.

En los casos “Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay” y “Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay”,¹⁴⁷ la Corte condenó al Estado por: 1) Violación a las garantías judiciales y protección judicial por la falta de procedimientos adecuados para procesar las reivindicaciones de tierras, indefensión y medidas cautelares en contra de las Comunidades (artículos 8 y 25 de la Convención); 2) Violación del derecho a la propiedad por no reconocer las tierras comunitarias (artículo 21 de la Convención), y 3) Violación del derecho a la vida por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron la posibilidad de vida digna, y en el segundo de los casos, por las muertes de miembros de la Comunidad producidas también por la falta de atención sanitaria (artículo 4 de la Convención). En ambos casos, la Corte interpretó la Convención Americana a la luz del Convenio 169 de la O.I.T., ratificado por Paraguay.

144 Informe 40/04 del 12 de octubre de 2004.

145 Sentencia del 31 de agosto de 2001.

146 Sentencia del 10 de setiembre de 1993.

147 Sentencias del 17 de junio de 2005 y 29 de marzo de 2006 respectivamente.

En el caso “Yatama vs. Nicaragua”¹⁴⁸ la Corte consideró que el Estado había violado los derechos políticos al negarse a admitir la participación de los pueblos indígenas en el proceso electoral mediante las formas organizativas propias de su cultura y tradiciones, distintas de la organización en partidos políticos (artículos 23 y 24 de la Convención).

En el caso “Comunidad Moiwana vs. Surinam”¹⁴⁹ la Corte consideró aplicable a la Comunidad Moiwana la jurisprudencia sobre pueblos indígenas, pese a que dicha Comunidad tenía un origen afroamericano, ya que compartían las características tribales de su organización y la relación espiritual con sus tierras. Allí decidió que el Estado había violado los derechos de integridad personal y de circulación y residencia de los miembros de la Comunidad expulsados de sus tierras (artículos 5 y 22 de la Convención), así como el derecho de propiedad (artículo 21 de la Convención) y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención), por no brindar los recursos judiciales adecuados. Además, ordenó el reconocimiento del derecho de propiedad de las tierras de las que la Comunidad había sido expulsada por la fuerza casi veinte años antes.

En el caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”¹⁵⁰ la Corte reconoció el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas con fundamento en el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y determinó que hasta tanto el Estado realice la delimitación y titulación de las tierras se encuentra impedido de otorgar concesiones sobre ellas sin el consentimiento previo, libre e informado de la Comunidad. Además, a solicitud del Estado, en la sentencia de interpretación la Corte aclaró los modos y características que debía tener el procedimiento de consulta a la Comunidad.¹⁵¹

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Adoptado por la Asamblea General de la O.E.A. en 1988, entró en vigencia internacional en 1999 y fue ratificado por Argentina en octubre del

148 Sentencia del 23 de junio de 2005.

149 Sentencia del 15 de junio de 2005.

150 Sentencia de fondo del 28 de noviembre de 2007 y sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008.

151 Las modalidades de los procesos de consulta se verán en los comentarios a los artículos 6 y 15.

año 2003. Establece los derechos al trabajo, a condiciones justas y equitativas de trabajo, sindicalización y huelga, seguridad social, salud, medio ambiente, alimentación, educación, protección de la familia, niñez, ancianos y minusválidos. Aunque no hay referencia particular a los pueblos indígenas, tienen especial relevancia las cláusulas relativas al derecho a la salud (que garantizan la atención primaria y las necesidades de los grupos de mayor pobreza), al medio ambiente sano y a los servicios públicos básicos, a la educación y a la participación en la vida cultural de la comunidad.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También fue ratificado por nuestro país e incorporado a la Constitución Nacional. Su artículo 1, que tiene idéntica redacción al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, derecho que es el fundamento de los establecidos en la Declaración y en el Convenio 169.

En 1985 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha funcionado desde entonces como órgano de control evaluando los informes de los estados y formulando observaciones generales con el propósito de definir con mayor precisión las principales obligaciones de los estados y la sustancia de los derechos que éste reconoce¹⁵².

De acuerdo al Comité los estados se encuentran obligados a “*respetar, proteger y cumplir*” los derechos enunciados. “*La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho... La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías... Por último la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho...*”.¹⁵³

Respecto a la exigibilidad interna de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité sostuvo que “*En lo relativo a los derechos civiles y políticos,*

152 Fairstein, Carolina y Rossi, Julieta; “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1 número 0, Buenos Aires, C.E.L.S. – Ad Hoc, Universidad Nacional de Lanús, 2001, pág. 319.

153 Observación General N° 14 (2000).

*generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. (...) Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.*¹⁵⁴

La Corte Suprema ha tomado en cuenta las observaciones del Comité para interpretar el alcance de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.¹⁵⁵ En muchas de tales observaciones se hace especial referencia a las pautas culturales de grupos nacionales minoritarios o pueblos indígenas, reconociendo que la dimensión cultural es parte constitutiva de los derechos a la vivienda (Observaciones generales Nros. 4 y 7, de 1991 y 1997), a la alimentación (Observación general N° 12, 1999), a la educación (Observación general N° 13, 1999) y a la salud (Observación general N° 14, 1999). Además, el Comité ha puesto especial énfasis en requerir a los estados informes respecto del cumplimiento del Pacto en relación a los pueblos indígenas, percibiendo las diferencias entre la cultura dominante y la cultura indígena, encontrándose ésta también protegida por los derechos culturales establecidos en el artículo 15 del Pacto.¹⁵⁶

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Entró internacionalmente en vigencia en 1976. Fue aprobado y ratificado por la República Argentina e

154 Observación General N° 9 (1998). Ver además Fairstein y Rossi, “Comentario...” y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian; “Los derechos sociales como derechos exigibles” en Durante, Alfredo L. (coord.), *La constitución real. Enfoques multidisciplinarios*, Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 33 y sgtes.

155 A partir del caso “Campodónico de Beviacqua” (2000), Fallos 323:3234.

156 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 197.

incorporado a la Constitución Nacional.

Argentina reconoció además la competencia del Comité de Derechos Humanos para considerar peticiones individuales. En consecuencia, la interpretación del Pacto realizada por los tribunales internos debe tener en cuenta la jurisprudencia del Comité, que ha sido abundante en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas amparados por el artículo 27. En su Observación General N° 23 (1994), referida a dicho artículo, el Comité reconoce que el disfrute de una determinada cultura, como la de los pueblos indígenas, puede guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos ya que *“la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres... Este derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”*.¹⁵⁷

En numerosas observaciones realizadas a los informes periódicos de los estados en relación al cumplimiento del Pacto, el Comité ha requerido la preservación de la identidad indígena y el reconocimiento del derecho a las tierras mostrando su preocupación por la afectación del estilo de vida indígena causada por los proyectos de desarrollo y la falta de consulta y participación.¹⁵⁸ En el reciente caso “Poma Poma vs. Perú”¹⁵⁹ el Comité consideró que el Estado había violado el artículo 27 del Pacto al realizar proyectos de desarrollo que afectaron significativamente la vida de una comunidad indígena y requirió que se proporcionara a las víctimas un recurso efectivo para garantizar sus derechos.

En otras observaciones generales, el Comité se refirió a cuestiones de especial interés para los pueblos indígenas, como las observaciones número 3 (aplicación a nivel nacional, 1981), 6 (derecho a la vida, 1982), 10 (libertad de expresión,

157 Se citan los casos “Ominayak vs. Canada” (comunicación 167/1984), dictamen del 26 de marzo de 1990 y “Kitok vs. Suecia” (comunicación 197/1985), dictamen del 27 de julio de 1988.

158 Una recopilación de las decisiones y recomendaciones del Comité se encuentra en *Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas*, Forest Peoples Programme, 2005, y en MacKay, Ferguson; *Guía sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Forest Peoples Programme, 2001.

159 Comunicación 1457/2006, dictamen del 24 de abril de 2009.

1982), 11 (propaganda a favor de la guerra, el odio racial y la discriminación, 1983), 12 (libre determinación, 1984), 15 (situación de extranjeros, 1986), 16 (en relación a los conceptos de familia y privacidad, 1988), 18 (igualdad y no discriminación, 1989), 20 (especialmente en lo relativo al consentimiento para experimentos médicos, 1992), 22 (sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión, 1993), 23 (derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, 1994), 25 (participación política, 1996), 27 (libertad de circulación, 1999), 28 (igualdad de derechos entre varones y mujeres, 2000) y 32 (el derecho a un juicio imparcial y la igualdad ante los tribunales, 2007).¹⁶⁰

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, fue ratificada por la Argentina en 1968 y en 1994 incorporada a la Constitución Nacional. El control de su cumplimiento está a cargo del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, con competencia para recibir comunicaciones individuales y de grupos, evaluar los informes de los estados y formular recomendaciones de carácter general. En el año 2007 la Argentina aceptó la competencia del Comité para recibir quejas individuales de acuerdo al procedimiento del artículo 14 de la Convención.¹⁶¹

Se entiende por discriminación racial “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, 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 las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (artículo 1.1) lo cual no sólo no impide que se puedan adoptar medidas especiales con el fin de “asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos” (artículo 1.4), sino que incluso impone a los estados la obligación de adoptar dichas medidas cuando las circunstancias lo aconsejen (artículo 2.2). De conformidad con el objetivo de “*promover el entendimiento entre todas las razas*” (artículo 2.1) los gobiernos, dice el Comité, “*deben mostrar sensibilidad por los derechos de las personas pertenecientes a grupos étnicos, en particular a sus derechos a vivir con dignidad, a mantener su cultura, a compartir en forma equitativa los resultados del crecimiento nacional y a desempeñar el papel*

¹⁶⁰ Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 119.

¹⁶¹ Un amplio panorama de las decisiones del Comité en MacKay, *Los derechos...*(2007).

que les corresponde en el gobierno de los países de los cuales son ciudadanos".¹⁶²

En 1997 el Comité ha elaborado la Recomendación general XXIII referida a los pueblos indígenas, en donde exhorta a los estados a que en cumplimiento de la Convención reconozcan y respeten las culturas indígenas, garanticen que no se adopte decisión relacionada con los pueblos indígenas "*sin su consentimiento informado*", reconozcan y protejan sus derechos a "*poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales*" y que les sean devueltas aquellas tierras que les fueron privadas sin su consentimiento libre e informado.

En su Recomendación general XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal (2006) el Comité considera que la garantía de defensa exige un sistema de asistencia gratuita de letrados e intérpretes, que el derecho a un tribunal independiente e imparcial requiere "*que los jueces sean conscientes de la diversidad social y de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales*",¹⁶³ y que respecto de los miembros de pueblos indígenas, la garantía de una sanción ajustada debe tener en cuenta el Convenio 169 de la O.I.T.

En numerosos informes el Comité ha requerido de los estados que "*Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación*"¹⁶⁴, ya que "*el principio de no discriminación... exige tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos*". El Comité ha instado encarecidamente a los estados parte a que respeten y protejan la existencia y la identidad cultural de todos los grupos étnicos que viven en su territorio.¹⁶⁵

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General en 1989, fue ratificada por la Argentina en 1990 e incorporada a la Constitución en 1994. Contiene numerosas disposiciones que resguardan la identidad étnica del niño, mencionando especialmente el derecho de los niños indígenas "a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma" en común con los demás miembros de su grupo (artículo 30). El resguardo

162 Recomendación general XXI (1996).

163 Con cita de los "Principios de Bangalore sobre la conducta judicial".

164 Recomendación XXIII (1997).

165 CERD, Informe anual 2007. N° 328.

de la identidad y la continuidad cultural y lingüística en su crianza y educación implican una prohibición explícita a la extracción de niños de su propio pueblo, tanto para internación como para adopción (artículos 8.1, 17.d, 20.3, 29.1.c y 30). Igualmente deben ser respetados los nombres indígenas pues son parte de la identidad, la personalidad y el alma.¹⁶⁶ El nombre indígena debe ser reconocido aún con una grafía diferente a la del lenguaje oficial pues de lo contrario “*se estaría subordinando el idioma o la voz indígena a las normas filológicas del español y esto desnaturalizaría culturalmente la propia lengua indígena*”.¹⁶⁷ El derecho al nombre y nacionalidad incluye el derecho a la restitución del apellido indígena en los casos en que fue cambiado forzosamente por apellidos propios de la cultura dominante.

La Observación General N° 11 (2009) se refiere a los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, ya que “*las referencias expresas que se hacen a los niños indígenas en la Convención son un reconocimiento de que esos niños necesitan medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos*”. La Observación destaca la especificidad de la situación del niño indígena respecto de las distintas temáticas desarrolladas en la Convención, refiriéndose así a sus derechos y libertades civiles, al entorno familiar, a la salud y al bienestar, a la educación, a las medidas especiales de protección y a las obligaciones de los estados partes. Se reconoce que el disfrute de los derechos culturales se ejerce colectivamente y puede estar estrechamente relacionado con los derechos al territorio y a la utilización de sus recursos y se requiere la adopción de medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación. Respecto a la determinación del “*interés superior del niño indígena*”, “*las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo*”, por lo que la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se deberían consultar con los propios pueblos, quienes a su vez deben tener la oportunidad de participar en la determinación del interés superior de modo que se tenga en cuenta el contexto cultural.

166 Thornberry, *International Law...*, pág. 364. En el mismo sentido, C.I.D.H., *La situación...*, pág. 53. Su reconocimiento en nuestro país está establecido en el artículo 3 bis de la ley 18.248, agregado por la ley 23.162.

167 Cámara Nacional Civil, sala A, 3/3/1987, *El Derecho*, tomo 128, pág. 357 (“Qori Wamancha”); También Juzgado de Familia N° 1 de Neuquén, sentencia del 17 de febrero de 2003 (Expte. N° 6752/02) que acepta el nombre escrito en una grafía reivindicada por las organizaciones mapuche, diferente de la que admite el Estado provincial.

Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban, Sudáfrica, en el año 2001, contiene numerosas referencias a los pueblos indígenas que constituyen un importante aporte en orden a la interpretación del concepto de discriminación racial.

La “homogeneización cultural” aparece señalada entre los efectos negativos que deben ser prevenidos y mitigados (11). La Declaración reconoce “que el colonialismo ha llevado al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que los africanos y los afrodescendientes, las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias” (14). Se expresa “preocupación porque en algunos Estados las estructuras o instituciones políticas y jurídicas, algunas de ellas heredadas y que hoy persisten, no corresponden a las características multiétnicas, pluriculturales y plurilingües de la población y, en muchos casos, constituyen un factor importante de discriminación en la exclusión de los pueblos indígenas” y se reconocen “plenamente los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios de la soberanía y la integridad territorial de los Estados” (22 y 23).

Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas. Fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. En su preámbulo se menciona que “...la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven...(y que)...la promoción y la realización constantes de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, como parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la ley, contribuirían al robustecimiento de la amistad y de la cooperación entre los pueblos y los Estados”. Aunque la declaración surgió como una respuesta de las Naciones Unidas a la situación en Yugoslavia y la antigua U.R.S.S.,¹⁶⁸ sus disposiciones constituyen un respaldo a los derechos de los pueblos indígenas ya que determinan el sentido del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

168 Thornberry, Patrick; “An Unfinished Story of Minority Rights” en Biró, Anna-Mária & Kovács, Petra; “*Diversity in Action. Local Public Management of Multi-Ethnic Communities in Central and Eastern Europe*”, Budapest, Open Society Institute, 2001, pág. 55.

Se establece la obligación de los estados de proteger la existencia y la identidad de las minorías y de fomentar las condiciones para la promoción de esa identidad mediante medidas especiales, legislativas o de otro tipo (artículos 1 y 4), el derecho a disfrutar en grupo de la propia cultura, a la participación política, a la asociación y a los contactos transfronterizos, sin que ello ocasiona desventajas (artículos 2 y 3) y el deber de tener en cuenta los intereses de las minorías tanto en la planificación y ejecución de los programas nacionales como en la cooperación internacional (artículo 5). Sin embargo, a diferencia del Convenio 169, el carácter colectivo de los derechos aparece diluido bajo la forma de “personas pertenecientes a...” y tampoco se alude a la autonomía.

Otros instrumentos. Otros instrumentos internacionales importantes son la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (UNESCO, 1960), la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (UNESCO, 1978), la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (UNESCO, 2003), la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (UNESCO, 2005),¹⁶⁹ la Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993) y la Convención para la protección de las minorías nacionales (Consejo de Europa, 1998). También cabe mencionar al proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁷⁰

La mujer indígena

La última parte del primer párrafo del artículo establece que las disposiciones del Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres, lo que se reitera en el artículo 44 de la Declaración. La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (incorporada a la Constitución) contiene las normas básicas contra la discriminación por razones de género, que no se reducen al mantenimiento de la igualdad formal de derechos, sino que incluyen el respeto a las diferencias, la protección mediante medidas especiales y la

169 Tales convenciones han sido ratificadas por la República Argentina.

170 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, OEA/Ser.L/V/II.110, 2001

actividad orientada a eliminar prejuicios y modelos estereotipados discriminatorios.

La mención a la igualdad de género no figuraba en los proyectos del Convenio 169 (sólo había referencias a la mujer en el tratamiento de las condiciones de empleo) y su incorporación expresa permite desvanecer prejuicios sobre la situación de la mujer en las culturas indígenas, ya que existe la tendencia a considerar a las culturas diferentes como un todo inmodificable de modo que la crítica a alguno de sus rasgos conlleva la descalificación de toda la cultura. Esta fue la actitud adoptada por las corrientes colonialistas en los siglos XIX y XX, que permitía justificar el sometimiento de unos pueblos por otros considerados más “civilizados”. Hoy se da una revisión de esta actitud en los foros internacionales y en los ámbitos académicos, juntamente con el reconocimiento de que las culturas conllevan internamente conflictos y dinanismos que permiten la crítica a determinadas prácticas sin que ello implique afirmaciones de jerarquía entre culturas. Las representaciones indígenas han sido las más interesadas en eliminar este tipo de prejuicios y por ello la igualdad de derechos entre varones y mujeres indígenas fue el primer artículo aprobado por consenso en la discusión sobre el proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La discriminación contra la mujer no puede justificarse invocando prácticas arraigadas en las costumbres.¹⁷¹ Si bien este principio se estableció en los tratados teniendo en mira a los estados obligados, nada impide que se aplique también a los pueblos indígenas. Sin embargo los parámetros para establecer la existencia de discriminación no son necesariamente los mismos en todos los ámbitos ya que cada cultura comprende un conjunto de interrelaciones y prácticas que deben ser consideradas en conjunto. Eliminar la discriminación no consiste en suprimir las diferencias sino hacer cesar aquellas distinciones que tienen el propósito o el efecto de menoscabar los derechos y libertades de la mujer. Por ello la postura y opinión de las propias mujeres indígenas ante las normas cuestionadas es un elemento decisivo para establecer la existencia de discriminación.

Caso Lovelace vs. Canada. Este caso fue tratado por el Comité de Derechos Humanos.¹⁷² Sandra Lovelace había perdido su status como indígena para las leyes canadienses en virtud de haberse casado con un no-indígena. Ella cuestionó dichas

171 Artículo 5 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y artículo 8 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

172 Comunicación 24/1977, dictamen del 30 de Julio de 1981.

leyes negando que de acuerdo a las pautas culturales indígenas el parentesco fuera patrilineal y además afirmó que las normas eran discriminatorias ya que no le ocurría lo mismo a los varones indígenas.¹⁷³ El Comité resolvió el derecho de Sandra Lovelace a ser considerada indígena por las leyes canadienses interpretando que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe ser aplicado incluyendo los principios de no discriminación. *“El artículo 27 debe ser comprendido y aplicado a la luz de otras normas ya mencionadas, como los artículos 12, 17 y 23 en tanto ellos pueden ser relevantes para el caso particular, y también las normas contra la discriminación, como los artículos 2, 3 y 26. (...) El caso de Sandra Lovelace debe ser considerado a la luz del hecho de que su matrimonio con un no-indígena ha cesado. Es natural que en dicha situación ella desee retornar al medio en el cual nació, particularmente porque después de disolución del matrimonio su mayor lazo cultural fue nuevamente con la comunidad Maliseet. Cualesquiera sean los méritos de la ley canadiense sobre indígenas en otros aspectos, el Comité no considera que sea razonable o necesario para preservar la identidad de la tribu denegar a Sandra Lovelace el derecho a residir en su reserva”.*¹⁷⁴

Garantía de derechos y prohibición del uso de la fuerza

La primera parte del artículo implica que los estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para modificar las situaciones de hecho o de derecho que impidan a los pueblos indígenas el goce de los derechos humanos o situaciones de discriminación. La omisión del Estado habilita el recurso judicial para su cumplimiento (artículos 43 de la Constitución Nacional, artículo XVIII de la Declaración Americana, artículo 8 de la Declaración Universal, artículo 25 de la Convención Americana y artículo 12 del Convenio 169).

En el segundo apartado se establece la prohibición del uso de la fuerza para la integración de los pueblos indígenas. La prohibición incluye las amenazas y los desalojos de tierras, modificar los nombres indígenas o impedir el uso del idioma propio, todas prácticas que han sido (y son aún) habituales en muchas regiones

173 Paradójicamente la finalidad de tales leyes del Estado tenía origen en la protección de las tierras indígenas, ya que una de las maniobras utilizadas por los colonos blancos para ocupar dichas tierras a fines del siglo XIX y principios del siglo XX había sido su matrimonio con mujeres indígenas.

174 Párrafos 16 y 17.

del país. También abarca la coerción basada en la propaganda ejercida con medios superiores a los que disponen los pueblos indígenas para contrarrestarla. Esta propaganda coercitiva puede incluso ser ejercida por misiones religiosas,¹⁷⁵ sobre todo cuando el Estado ha delegado en ellas ciertas funciones como salud o educación.

175 Thornberry, *International Law...*, pág. 347.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Cláusula de salvaguardia. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

Artículo 46.

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.

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.

Medidas especiales de salvaguardia

La finalidad de la disposición es *salvaguardar* las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo y el medio ambiente de los pueblos indígenas. Se trata del derecho colectivo a preservar la propia vida cultural indígena. El término “salvaguardia”, que se adoptó luego de desechar el de “proteger” que contenía el Convenio 107 y que fue objeto de críticas por sus resonancias paternalistas,¹⁷⁶ implica reconocimiento legislativo, administrativo y judicial de la pluralidad étnica, y obliga a los estados a “*tomar en cuenta la especificidad indígena*”.¹⁷⁷ De este modo, la cláusula funciona en dos sentidos: 1) como pauta de interpretación general

176 Tal fue la postura de México. O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 25.

177 O.I.T., *Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia*, informe de 1994, pág. 37.

del convenio, 2) como directriz de acción afirmativa.¹⁷⁸

La referencia a *medidas especiales* (o “medidas de acción positiva”, tal como se las menciona en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución) alude a normas o decisiones públicas que establecen un tratamiento diferente a favor de ciertos grupos que se encuentran en situación de desventaja. Como la aplicación de las normas comunes perpetúa esa situación generando condiciones de desigualdad, las medidas “*tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos*”.¹⁷⁹

El Convenio 169 obliga al Estado a una acción positiva, tomando las medidas “que se precisen”, sean “legislativas o de otro carácter”,¹⁸⁰ lo que engloba a las decisiones judiciales.¹⁸¹ Las medidas legislativas deben adoptarse con la participación de los pueblos indígenas (artículo 6 del Convenio). En cuanto a las medidas de carácter judicial, una de las vías para el cumplimiento de la norma resulta el amparo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Las acciones a que obliga el artículo tienen carácter permanente y se distinguen por ello de las medidas transitorias mencionadas en el artículo 1.4 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, aunque éstas también deben adoptarse a favor de los pueblos indígenas para compensar desigualdades temporarias (artículo 2.2 de dicha Convención). El artículo 3.1 del Convenio 107 adoptaba el punto de vista de la transitoriedad, pero dicha orientación fue modificada suprimiéndose totalmente la idea de inferioridad cultural. La circunstancia de que las culturas indígenas hayan sido vulnerables a las sociedades organizadas como estados (especialmente por sus menores recursos político-militares) no implica inferioridad cultural ya que en ellas las personas pueden disfrutar de la vida en iguales o mejores condiciones. Es la vulnerabilidad la que requiere ser compensada mediante medidas especiales.

Una cuestión que ha sido debatida en relación a las medidas especiales es su vinculación con el principio de igualdad ante la ley. Las posturas anteriores

178 La Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, entiende por *salvaguardia* “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial” (artículo 2.3).

179 Gelli, *Constitución...*, pág. 597.

180 Artículo 2 de la Convención Americana, artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 2.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y artículo 4 de la Convención de Derechos del Niño

181 Gordillo, Agustín; Gordo, Guillermo; Loiano, Adelina; Flax, Gregorio; López Alfonsín, Marcelo; Tambussi, Carlos; Ferreira, Marcelo y Pérez Solla, María Fernanda; *Derechos humanos* (4ª ed.), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, pág. II-28.

al reconocimiento de la pluralidad cultural, que suponían que las pautas del derecho occidental constituían el modelo al que debían adaptarse los modos de vida diferentes, consideraban que tales medidas constituían una violación a aquel principio. Sin embargo, la nivelación formal puede perpetuar la desigualdad real cuando solamente los individuos pertenecientes a la cultura hegemónica se hallan regidos por sus pautas de vida. Esta situación ha sido comprendida por nuestro derecho positivo a partir de la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos y sobre todo luego de la reforma constitucional que establece el deber del estado de “Legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la **igualdad real** de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (artículo 75 inciso 23 C.N., el resaltado nos pertenece).¹⁸²

Otra cuestión que se ha planteado en relación a los límites de las medidas especiales está vinculada con el respeto a los derechos humanos, ya que las prácticas culturales que los violan no se encuentran protegidas, se trate de las culturas indígenas o de las culturas hegemónicas. Al respecto el artículo 8.2 del Convenio establece el derecho de conservar las 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”. Las prácticas excluidas de la protección deben ser violatorias de la legislación nacional y de normas internacionales. Por ejemplo, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o en la convención de Belém do Pará, se obliga a los estados a tomar todas las medidas adecuadas para modificar prácticas discriminatorias o violentas, aún cuando éstas se encuentren arraigadas en la costumbre.

Las medidas tienen que tener como fin salvaguardar “las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente” de los pueblos indígenas. Aunque el propio Convenio contiene normas que se refieren específicamente a la salud (artículo 25), la seguridad social (artículo 24), el derecho propio (artículos 8, 9 y 17), el trabajo (artículo 20), las tierras (artículos 13 a 16), la educación (artículos 26 a 30) y el medio ambiente (artículo 7), la obligación de los estados no se limita a adoptar sólo las medidas especiales establecidas en dichas normas, sino todas aquellas “que se precisen”.

La Guía de la O.I.T. aclara que las disposiciones del Convenio “*no deberían entenderse como que están restringidas únicamente a las instituciones*

182 Vittadini Andrés, Susana N.; “Los límites del principio de igualdad ante la ley”, El Derecho, tomo 173 pág. 795.

*tradicionales, sino que se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas. En otras palabras, las adaptaciones culturales y el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas no deberían reducir o impedir la aplicabilidad de estas disposiciones. Esto también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses”.*¹⁸³

La salvaguarda de las instituciones con respecto a la familia limita la potestad estatal de regularla de conformidad con las pautas de la cultura hegemónica. En el caso “Aloeboetoe”¹⁸⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que las indemnizaciones debidas por el Estado a las víctimas y sus familias no tenían que ser distribuidas según las reglas del derecho estatal, sino por las normas consuetudinarias indígenas, tal como lo había demandado la Comisión. El reconocimiento de la familia indígena también se encuentra en el artículo 30 de la Convención de derechos del niño.

La referencia a “los bienes” tiene un sentido más amplio que el que le acordaría la ley civil. Para el código civil son las cosas más los objetos inmateriales susceptibles de valor (artículo 2312). Sin embargo el término debe entenderse como “patrimonio” en el amplio sentido que nuestra jurisprudencia constitucional ha dado a este concepto, incluyendo aún lo que carece de valor pecuniario. El texto inglés expresa “*property*”, por lo que está comprendido el reconocimiento de la propiedad colectiva intelectual y artística y el patrimonio cultural inmaterial, al que se refiere la Convención de la Unesco.

La salvaguarda de las culturas y el medio ambiente no figuraba en el texto anterior y se constituye ahora como finalidad de las medidas especiales que deberán adoptar los estados. La defensa del medio ambiente indígena requiere la comprensión de este concepto en los términos de las propias culturas originarias, que no realizan la contraposición occidental “seres humanos vs. naturaleza”. Implica la participación indígena (artículo 7) y el respeto y preservación de sus conocimientos tradicionales, tal como está expresamente contemplado en el artículo 8.j del Convenio Sobre la Diversidad Biológica.¹⁸⁵ Incluye el reconocimiento a los

183 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 50.

184 “Aloeboetoe y otros vs. Suriname”, sentencia del 10 de setiembre de 1993.

185 “Artículo 8. Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...) j) Con arreglo a su legislación nacional; respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación

nombres indígenas de lugares y a la visión indígena de la relación entre personas y naturaleza.

Dada la estructura federal del Estado argentino, en su artículo 75 la Constitución Nacional acuerda expresamente al Congreso Nacional las atribuciones para la adopción de tales medidas. Así lo hace en los incisos 17 y 23. El ejercicio concurrente de estas atribuciones, que pueden utilizar las provincias (inciso 17), sólo es válido cuando establecen superiores niveles de salvaguarda a los pueblos indígenas, ya que de lo contrario estarían dificultando o impidiendo el adecuado cumplimiento de las normas emanadas del Congreso de la Nación.¹⁸⁶ La Comisión de Expertos de la O.I.T. “*tomó nota de que el ‘Gobierno se refiere a las dificultades encontradas para aplicar algunas disposiciones del Convenio, que son fundamentales, tales como tierras y recursos naturales, debido a que la profundización del federalismo que tuvo lugar con la reforma constitucional de 1994, deja a la competencia de las provincias estos temas’*”, agregando “*que se prioriza la necesidad de establecer la competencia federal para aquellas materias que tienen como sujetos a comunidades y pueblos indígenas. La Constitución de la República Argentina prevé la concurrencia de las provincias en el dictado de legislación y que, en ese sentido, se entiende que las provincias pueden concurrir en el desarrollo jurídico del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, siempre sobre el reconocimiento del núcleo mínimo de derechos que establece la Constitución Nacional. En este contexto, cabe tener presente que, en la legislación argentina, los tratados internacionales (como el Convenio núm. 169) tienen jerarquía superior a las leyes nacionales (Constitución, arts. 31 y 75, inciso 22)*”.¹⁸⁷

Derecho de veto

Las medidas especiales que se adopten no pueden ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. El “perjuicio” no es una circunstancia que puedan interpretar libremente los estados, sino una situación que sufren y conocen los propios pueblos,¹⁸⁸ originada en cualquier causa que los

y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;”.

186 La Corte Suprema mantiene desde 1865 (“Mendoza vs. Provincia de San Luis” Fallos: 3:131) una jurisprudencia constante en el sentido de que la incompatibilidad entre el ejercicio simultáneo de atribuciones debe decidirse haciendo prevalecer las normas nacionales (Fallos: 137:212; 315:1013 y 320:786 entre muchos otros).

187 Citado en O.I.T., *Los derechos...*, pág. 39.

188 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 26.

pueblos indígenas encuentren contraria al desarrollo de su vida autónoma. Los estados deben establecer mecanismos apropiados para tener en cuenta los deseos indígenas libremente expresados por medio de las instituciones representativas de cada pueblo (artículo 6 del Convenio).¹⁸⁹ La expresión “libre” comprende no sólo la ausencia de coacciones o presiones políticas externas, sino además el pleno conocimiento y la información necesarios para adoptar una decisión. El ocultamiento o engaño por parte del Estado invalida el consentimiento prestado.

La oposición a las medidas no necesita ser declarada al momento de su iniciación ya que el curso del tiempo puede traer perjuicios que no existían al principio, no tenían la misma magnitud o no se mostraban con claridad. Por eso, en cualquier momento en que los pueblos a través de sus organizaciones representativas se expresan de modo contrario a las medidas especiales, éstas deberán cesar. También deben tomarse las opiniones de los diferentes pueblos indígenas: cada uno de ellos puede aceptarlas o rechazarlas, con lo que es posible que haya una aplicación parcial sólo a ciertos pueblos. Ello resulta del derecho a la identidad, que implica el respeto a los pueblos existentes, no pudiendo el Estado crear una “identidad genérica” indígena y disponer un tratamiento homogéneo a culturas diferentes.

Ausencia de discriminación

El último apartado previene que las medidas especiales tengan efectos discriminatorios. Por ello, el término “ciudadanía” debe entenderse en el sentido más amplio posible (incluyendo los derechos civiles) de equiparación con el resto de los habitantes.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la Declaración establece que los pueblos indígenas mantienen “su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. Se busca aclarar la tensión, no siempre resuelta, entre la igualdad ante la ley y la protección de los derechos especiales de los pueblos indígenas. Estos tienen derecho a ser resguardados de su inmersión en un sistema jurídico e institucional que responde a la cultura dominante, pero al mismo tiempo deben mantener los mismos derechos que el resto de la población.

En su estudio sobre el artículo 27 del Pacto, Francesco Capotorti, señalaba que los dos aspectos son necesarios. Por una parte, se debe *“asegurar que los*

189 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 8.

*miembros de las minorías raciales, religiosas o lingüísticas sean colocados en un pie de perfecta igualdad con respecto a los otros nacionales del Estado”, pero también, se debe “asegurar para los elementos minoritarios los medios adecuados para la preservación de sus propias características y tradiciones”.*¹⁹⁰

El último apartado del artículo tiene como finalidad evitar que so pretexto de respeto a las diferencias culturales, los grupos hegemónicos que controlan el poder del Estado establezcan sistemas discriminatorios como el *apartheid* que rigió en Sudáfrica y en la ex Rodesia (Zimbabwe). Tomadas individualmente y fuera de contexto, muchas veces es difícil saber si una distinción legal constituye una medida especial de salvaguarda cultural o una disposición discriminatoria. Sin embargo, apreciadas en el ámbito político y social de su aplicación la diferencia suele ser nítida. Sucede que la distancia entre respeto al pluralismo cultural y *apartheid* es esencialmente política. Reside en quienes toman las decisiones acerca de cuáles aspectos de la vida social son comunes y cuáles separados.¹⁹¹ De allí que la cláusula antidiscriminatoria (tercer apartado) figure luego de la que asegura a los pueblos indígenas que no se adoptarán medidas diferenciadoras en contra de su voluntad (segundo apartado).

190 Capotorti, *Study...*, pág. 40.

191 O.I.T.; La OIT y el “*apartheid*”, O.I.T., Ginebra, 1969, pág. 15.

Reconocimiento cultural e institucional. 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;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Artículo 8.

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

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 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.

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.

Reconocimiento cultural

La Guía de la O.I.T. expresa que: *“El derecho de los pueblos indígenas a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos. La existencia de tales instituciones es también un elemento central en la descripción de los pueblos indígenas”*.¹⁹²

El artículo 5, referido al respeto a la identidad, conjuntamente con el artículo 6, que establece la participación, contienen los objetivos generales del Convenio 169, y sólo la elaboración de éste como “revisión parcial” del Convenio 107 explica que estas normas no figuren al principio. El respeto a la identidad se desarrolla en tres apartados: a) reconocimiento, protección y consideración de la especificidad de los problemas; b) reconocimiento de la integridad de la cultura; c) medidas especiales a adoptarse ante los cambios y conflictos culturales.

La nueva redacción elimina la mención, contenida en el Convenio 107, de

192 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 49.

que las disposiciones del artículo sean “relativas a la integración”. El texto anterior establecía una especie de tolerancia cultural con la idea subyacente de que la cultura indígena estaba formada por pautas inferiores que irían desapareciendo en un proceso de disolución inevitable. Modificar esta visión integracionista fue uno de los principales motivos de la redacción del nuevo Convenio.¹⁹³

El reconocimiento de las formas de vida propias y la debida consideración a los problemas, plantea la existencia de un conflicto entre dos sistemas jurídicos y conceptuales diferentes¹⁹⁴ en donde las normas originadas en el derecho anterior monocultural, que presumía una sociedad homogénea, deben reformularse para adaptarse al nuevo objetivo de respeto a la diversidad cultural. En este sentido, el “reconocimiento” mencionado en el artículo es el mismo aludido por el nuevo texto constitucional argentino e implica la obligación del Estado de abstenerse de aplicar las normas generales sin previamente considerarlas a la luz del objetivo de proteger la existencia diferenciada y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

El reconocimiento y la protección se refieren a la *cultura* en su sentido más amplio. El texto menciona a “los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales” eliminándose la referencia a “formas de control social”, que suponía introducir en el mundo indígena una concepción occidental del derecho como “control” desde el poder. Se incluyó igualmente el término “religión” sin que ello signifique que se trata de un concepto separado de la cultura con el fin de aclarar que el reconocimiento y la protección abarcan el mayor ámbito posible.¹⁹⁵ Una de las consecuencias del reconocimiento de las prácticas es que los tribunales deberán tener especialmente en cuenta la prueba oral propia de las culturas no escritas apartándose de las limitaciones establecidas en las leyes para la prueba testimonial. Si bien en el párrafo no se menciona a las “instituciones”, ellas deben considerarse incluidas en la norma ya que constituyen un todo con los valores y prácticas (segundo párrafo) y también deben ser protegidas (artículo 4 del Convenio).

La índole de los problemas

El “reconocimiento de la identidad” suele transformarse en una declaración inocua cuando se formula en abstracto. Es al enfrentarse los órganos del Estado con los problemas reales que acarrea la diversidad cultural cuando aquel reconocimiento debe tener efectos en la práctica. Por ello, el texto plantea la cuestión del reconocimiento cultural en los casos concretos, al obligar a “tomar debidamente en

193 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 18/20.

194 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), págs. 98/99.

195 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 28.

consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

La mención tiene especial importancia para los funcionarios judiciales o administrativos que atienden los problemas inmediatos planteados en el contacto con la cultura indígena, tanto los que se producen dentro de la propia vida comunitaria como los que se afrontan en la relación con la cultura hegemónica, sean individuales o colectivos. La disposición obliga en todos los casos a comprender los problemas particulares en los propios términos en que se formulan en el seno de las culturas indígenas, atendiendo tanto a las características del sistema conceptual originario como al conjunto de las normas del derecho positivo nacional e internacional relativas a los pueblos indígenas. Ello impone a todos los funcionarios del Estado, sobre todo a aquellos que tratan con casos individualizados, sean del ámbito judicial o administrativo, a respetar las diferencias culturales, tanto en la aplicación de la legislación (especialmente las normas infraconstitucionales) como en los modos prevalecientes de interpretación legal. Puede presumirse que una decisión referida a un problema particular o general indígena y que carezca de toda referencia al contexto cultural propio de los pueblos afectados, ha violado el Convenio en tanto no ha tomado debidamente en consideración la especificidad de la cuestión.¹⁹⁶

Reconocimiento de las instituciones indígenas

El segundo párrafo es completamente nuevo e introduce la idea de “integridad cultural” que es clave. Tiene el sentido de que los valores, prácticas e instituciones de los pueblos indígenas deben considerarse formando un todo orgánico que padecería si se intentase introducir cambios separadamente.¹⁹⁷ El reconocimiento cultural establecido en el primer párrafo toma ahora una dimensión práctica cuando se obliga a los estados a respetar su integridad con las “instituciones” propias indígenas. Si bien el término alude en forma genérica a un conjunto formado por normas y prácticas (y en este sentido el Convenio 169 protege la organización familiar, las vías de resolución de conflictos y las formas educativas), el párrafo comentado cobra especial importancia porque el respeto institucional garantizado incluye a las organizaciones representativas (artículo 6 del Convenio).

“La participación así como otros elementos del Convenio resaltan la importante cuestión de la representación: ¿Quién habla por los pueblos?. Es claramente factible para los gobiernos ‘elegir’ a sus interlocutores con el propósito de obtener consenso, etc., para proyectos de desarrollo.(...) El CEACR (Comité de

196 Los artículos 8 y 9 plantean similar obligación estatal y nos remitimos a su comentario.

197 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), pág. 20.

Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.) *insiste sobre permitir espacios de decisión a los grupos indígenas*”.¹⁹⁸

El reconocimiento de la institucionalidad indígena en el derecho interno argentino

La Constitución Nacional es más clara que el Convenio 169 en cuanto al reconocimiento de algunas formas organizativas propias de los pueblos indígenas. El inciso 17 del artículo 75 impone “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y expresamente “la personería jurídica de sus comunidades”. Si bien la norma está ubicada en el capítulo referido a las atribuciones del Congreso, no parece haber dudas de que se trata de una declaración de derechos que resulta inmediatamente operativa.¹⁹⁹ En este sentido se ha orientado la jurisprudencia.²⁰⁰

Este mandato constitucional obliga al Estado a reconocer la institucionalidad indígena en sus propios términos lo que implica que resultan violatorias a los derechos indígenas las normas que requieran la constitución de las comunidades como asociaciones regidas por la ley civil, tal como ocurre en muchas legislaciones provinciales. Al respecto Bidart Campos ha comentado la norma del siguiente modo: “*Cualquier agrupamiento, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos. Ello sea respecto de comunidades nuevas o reconstituidas, territoriales de segundo o tercer grado, rurales o urbanas, sectoriales en materia de salud, trabajo, educación, turismo, etc (...) En síntesis, ni la provincia ni el INAI pueden negarse a reconocer y registrar el pluralismo indígena asociativo en todas sus categorías institucionales (ver arts. 16 y 17 del decreto 155/89) por aplicación directa del art. 75 inc. 17 de la constitución federal, con más el Convenio 169.*”²⁰¹

El reconocimiento implica que las comunidades indígenas tienen una realidad jurídica previa a su inscripción en registros estatales, ya que el Estado no les “otorga” la personalidad sino que constata su preexistencia. Sus derechos son así *derechos históricos* -sostiene Bidart Campos²⁰² en el sentido de que la nueva

198 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 350.

199 Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, *Derecho constitucional...*, Tomo I, pág. 325.

200 Chiacchiera Castro, Paulina; La cuestión indígena. *Análisis de la jurisprudencia de la C.S.J.N.*, Advocatus, Córdoba, 2009, pág.70.

201 Dictamen inédito, facilitado por la Confederación Mapuche Neuquina.

202 “Dictamen del Dr. Germán Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunitaria de la Comunidad Mapuche Vera”, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Constitución reconoce en ellos “*la existencia de cuerpos políticos diferentes, sin perjuicio de poder compartir la misma estructura estatal*”, como dice un tratadista español en referencia a un concepto que no es novedoso en la historia constitucional de ese país.²⁰³

La norma constitucional obliga a revertir una antigua y constante jurisprudencia que negó a las comunidades indígenas personería jurídica “*porque no son de existencia necesaria ni de existencia posible, atento los claros preceptos del libro 1º, sección 1ª, título I del Código Civil; y su existencia legal anterior a la vigencia de éste debió ser consagrada y acomodada a sus normas fundamentales*”.²⁰⁴

Después de la reforma constitucional y la ratificación del Convenio 169 no debería ponerse en duda la personalidad preexistente de las comunidades indígenas. Su reconocimiento o inscripción en registros estatales sólo son actos que formalizan esa preexistencia, tal como resulta del texto del artículo 1º del reglamento aprobado por Decreto 1122/2007 que entiende por *preexistentes* “a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re. Na.C.I.) u organismo provincial competente”.²⁰⁵ En un caso en que el Estado rechazó una demanda por prescripción adquisitiva sosteniendo que su término comenzaba a correr a partir del otorgamiento de personería, la Cámara Civil y Comercial de Jujuy igualmente hizo lugar al reclamo reconociendo que la personalidad comunitaria era anterior a su inscripción.²⁰⁶

La realidad jurídica de la preexistencia no implica, sin embargo, que no resulte conveniente el establecimiento de un sistema de declaración expresa estatal respecto de la personalidad de cada comunidad u organización indígena. Aunque ello no impediría que una comunidad pueda actuar por sí, aún sin dicha declaración

“Ambrosio I. Gioja”, Facultad de Derecho, U.B.A., Buenos Aires, s/f.

203 Herrero de Miñón, Miguel; *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998, pág. 17.

204 C.S.J.N. en “Guari” (1929), Fallos 155:303. El criterio se reiteró en 1997, con posterioridad a la reforma constitucional, pese al reconocimiento explícito de ésta, en el caso “Terrabon” (Fallos 329:1571), aunque hay que aclarar que la referencia fue secundaria y que en el pleito no se encontraba planteada ninguna reivindicación indígena.

205 Se trata del decreto reglamentario de la Ley 26.160 de emergencia de las tierras indígenas y relevamiento territorial (sobre dicha ley remitimos a los comentarios al artículo 14 del Convenio).

206 Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala Primera, “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochino c/ Provincia de Jujuy”, sentencia del 14 de septiembre de 2001.

previa, con sólo acreditar su realidad mediante cualquier medio de prueba, es fácilmente advertible que un acto que establezca reunidos los requisitos para ser considerada comunidad indígena facilita en gran modo su actividad en el ámbito de sus relaciones con el Estado y con personas o instituciones no indígenas. De allí que los reclamos de *reconocimiento* de personería (no de “otorgamiento”), aparezcan habitualmente entre las reivindicaciones indígenas más comunes. En este sentido, la Ley 23.302 y su Decreto reglamentario 155/89 establecen un procedimiento de inscripción de las comunidades ante el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas que la misma ley crea. El artículo 2 de la ley reconoce personería a las comunidades radicadas en el país, entendiéndose como tales “a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización” (a lo que habría que agregar “o del establecimiento de las actuales fronteras”, según el artículo 1 del Convenio 169).

El artículo 20 del decreto reglamentario establece que se inscribirán en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas las comprendidas en el artículo 2 de la Ley. “A tal efecto, podrán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: a) que tengan identidad étnica, b) que tengan una lengua actual o pretérita autóctona, c) que tengan una cultura y organización social propias, d) que hayan conservado sus tradiciones esenciales, e) que convivan o hayan convivido en un hábitat común, f) que constituyan un núcleo de por lo menos tres (3) familias asentadas o reasentadas, salvo circunstancias de excepción autorizadas por el Presidente del INAI mediante resolución fundada, previo dictamen del Consejo de Coordinación”. Como resulta del “podrán tenerse en cuenta”, las pautas son meramente indicativas y deben complementarse con lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio 169, especialmente con el carácter decisivo del criterio de autoidentificación.

Por eso, la Resolución 4811/96 del Secretario de Desarrollo Social, teniendo en cuenta los nuevos criterios que apareja el reconocimiento de la preexistencia en la reforma constitucional, estableció que los únicos requisitos para la inscripción consisten en “nombre y ubicación geográfica de la comunidad, reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible, descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; nómina de los integrantes con grado de parentesco, mecanismos de integración y exclusión de miembros” (artículo 2 de la Resolución). En consecuencia, nada obsta al reconocimiento de las organizaciones comunitarias indígenas de origen urbano o a los reagrupamientos indígenas que deciden iniciar una vida comunitaria que habían perdido. Es parte de los objetivos del Convenio, tal como se exponen en el preámbulo, revertir la erosión de la cultura indígena.

La Ley 23.302 y su decreto reglamentario deben ser interpretados en

consonancia con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y el Convenio 169. Por ello no puede entenderse el artículo 2 de la misma en el sentido de que la personería jurídica de las comunidades “sólo” se obtiene con su inscripción en el registro. Ello no solamente negaría las personerías otorgadas por las provincias (a las que se hará referencia más adelante), sino que además contraría el mandato de reconocimiento de la preexistencia establecido en la Constitución y en el Convenio 169. En consecuencia, ningún órgano estatal podría negar personería a una comunidad indígena que ofrezca probar su preexistencia, por la sola circunstancia de no hallarse inscripto.

Según las normas nacionales, sancionadas durante la vigencia del Convenio 107, la personería jurídica reconocida a las comunidades inscriptas “tendrá el alcance establecido en la última parte del inciso 2 del párrafo segundo del artículo 33 del Código Civil”, dice el artículo 19 del decreto 155/89. Se trataba de la personalidad de carácter privado otorgada a las sociedades civiles y comerciales y en el mismo sentido, el artículo 4 de la Ley estableció que “las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente”.

Sin embargo, la posterior reforma constitucional y la ratificación del Convenio 169 modificaron aquellas disposiciones y reconocieron que las relaciones entre el Estado y las comunidades y pueblos indígenas se encuentran dentro del marco derecho público. Por ello, la Resolución 4811/96 del Secretario de Desarrollo Social modificó los recaudos requeridos para autorizar la inscripción de comunidades, adecuándolos al texto constitucional. En sus considerandos se sostiene que: “al reconocer la personería jurídica de las comunidades indígenas -a las que define como preexistentes étnica y culturalmente garantizando el respeto a su identidad y su participación en todos los intereses que los afecten- ha producido una evidente modificación, en grado de prelación superior, en cuanto a los criterios que deben guiar a la Administración... (por lo que) ...la norma constitucional habilita a la inscripción de comunidades que por su tradición cultural manifiesten su voluntad de inscribir su personería jurídica con formas asociativas que le sean propias, independientemente de su adecuación o no a las formas societarias cooperativas, mutuales u otras contempladas en la legislación vigente. Que a partir de la reforma de la Carta Magna, las relaciones entre los miembros de una comunidad indígena inscripta en el Registro de Comunidades Indígenas, deberá, a no dudarlo, regirse por aquellas pautas de orden histórico, cultural y asociativa que las mismas comunidades entienden que es la que mejor tiende a la defensa de todos aquellos intereses que los afecten”.

Las competencias provinciales en materia de personería de las comunidades indígenas

El Estado federal tiene las competencias establecidas en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución para garantizar la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, que resultan del mismo inciso y los tratados de derechos humanos, incluido el Convenio 169. Ello despeja la controversia respecto a las atribuciones nacionales en materia de política hacia los pueblos indígenas, ya que en alguna oportunidad se interpretó que el antiguo artículo 67 inc. 15 de la Constitución, que daba atribuciones al Congreso para “*conservar el trato pacífico con los indios*” estaba limitado a los actos de política vinculados a “*su reducción y asimilación*” pero no abarcaba las cuestiones relativas al uso comunitario de las tierras, que se mantenían dentro de la competencia provincial.²⁰⁷ De allí que en 1985 la Ley 23.302 todavía imponga al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas la coordinación con los gobiernos provinciales (artículo 6 de la Ley) y realizara una política de promoción de leyes provinciales de adhesión a la legislación nacional como vía de quitar efectos prácticos a las dudas acerca de la competencia nacional para dictar una ley de política indígena. Estos problemas quedaron disueltos frente a la claridad de las atribuciones nacionales en la nueva norma constitucional.

Actualmente, la parte final del inciso 17 establece que “Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”, lo que implica reconocerles las competencias que venían ejerciendo mediante constituciones y leyes provinciales que dictaban pautas de política hacia los pueblos indígenas y también a través del reconocimiento de personería a las comunidades. Obviamente, las provincias deben ejercer su competencia respetando los derechos establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, especialmente el Convenio 169, en virtud del principio establecido en el artículo 31 del texto constitucional. Pero además, por el carácter concurrente de sus atribuciones, las provincias no pueden obstaculizar ni estorbar los actos que realiza el gobierno nacional,²⁰⁸ aunque se encuentran en condiciones de adoptar medidas que impliquen una mayor protección de los derechos indígenas, dado que en situaciones de conflicto entre una norma nacional y una norma provincial en materia de competencias concurrentes “*la preeminencia debe ser establecida en función de los fines queridos por la Constitución y el interés general en juego*”.²⁰⁹

207 C.S.J.N. en “Abdón López” (1969), Fallos 274:169.

208 Esta es la tradicional doctrina de la Corte en materia de competencias concurrentes: casos “Griet Hnos.” (1922), Fallos 137:212; “Jiménez Vargas” (1957), Fallos 239:343; “Schaffhausen” (1978), Fallos 300:402.

209 C.S.J.N. en “Leiva” (1992), Fallos 315:1013.

Las nuevas condiciones de vida y de trabajo

La norma requiere una política específica, con medidas que tengan como objetivo consolidar un espacio intercultural en donde las economías indígenas subsistan por sí frente a la economía de mercado sin subsumirse en ella. Como ya se señaló, las *medidas* pueden ser legislativas o “de otro carácter”, lo que incluye decisiones judiciales.

El Convenio se refiere a ello al tratar sobre los programas agrarios (artículo 19), contratación y condiciones de empleo (artículo 20) formación profesional, artesanías e industrias rurales (artículos 21 a 23), seguridad social y salud (artículos 24 y 25), educación y medios de comunicación (artículos 26 a 31).

Las medidas deben contar con la participación indígena en la elaboración y ejecución (artículos 2, 4 y 6 del Convenio). Tal fue la propuesta de las organizaciones indígenas al definirse el nuevo texto. La participación es, además, una de las principales razones de la redacción del Convenio.

El Convenio no presupone que las nuevas condiciones ni la integración sean inevitables. Sin embargo, el tercer párrafo es particularmente relevante porque de él resulta claro que los pueblos no pierden su condición de indígenas por el hecho de afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, reconociendo que las culturas indígenas no son estáticas. Este reconocimiento del dinamismo cultural tiene especial relevancia porque refuerza la inclusión de los indígenas urbanos en tanto la vida rural no resulta un elemento indispensable para el reconocimiento de la condición indígena por parte del Estado.

Participación, consulta y consentimiento. 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 conciernan;**

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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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 y administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Acción gubernamental, participación y consulta

El Convenio 169 reconoce primordialmente derechos procesales más que derechos sustantivos. En otras palabras, *“el Convenio plantea procedimientos que requieren que el Estado siga y cumpla en relación con los pueblos indígenas. Consiguientemente, la Comisión de Expertos está más interesada en si el Estado ha seguido los procedimientos correctos (por ejemplo: consulta, participación, evaluaciones de impacto ambiental) que en el resultado de sus acciones”*.²¹⁰ La principal excepción se encuentra en los derechos sustantivos a las tierras, territorios y recursos.

Es por eso que en su Observación general sobre el Convenio, la Comisión de Expertos de la O.I.T. ha señalado que: *“En la víspera del 20º aniversario de la adopción del Convenio, la Comisión toma nota de que el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países. Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los*

²¹⁰ MacKay, Fergus; *Una guía para los derechos de los pueblos indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*, Forest Peoples, 2002, pág. 11.

pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo".²¹¹

La Comisión destaca que *"el Convenio hace referencia a tres procesos interrelacionados: la acción gubernamental coordinada y sistemática, la participación y la consulta"*.²¹²

El primer proceso alude a las acciones establecidas en los artículos 2 y 33 del Convenio, leídos conjuntamente, que los estados tienen la obligación de desarrollar, con la participación indígena, para proteger sus derechos y garantizar su integridad. *"Deben establecerse instituciones y otros mecanismos apropiados a fin de administrar programas, en cooperación con los pueblos indígenas y tribales, que cubran todas las etapas, desde la planificación hasta la evaluación de las medidas propuestas en el Convenio"*.²¹³

En el texto del artículo 6 se establece la necesidad de procedimientos de consulta por parte del Estado en la adopción de decisiones legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Se impone además la participación institucional y continua en las estructuras estatales responsables de políticas y programas que les conciernan y el deber del Estado de facilitar la organización indígena que permita la efectividad de la participación.

Durante la preparación del Convenio se consideró que en el nuevo texto *"Debería reconocerse el derecho de estos pueblos a mantener relaciones recíprocas con la sociedad nacional en pie de igualdad a través de sus propias instituciones"*.²¹⁴ De allí que la participación establecida en este artículo no es la que tienen los indígenas en común con los demás ciudadanos (artículo 4 del Convenio), sino una participación especial que no se agota en los mecanismos generales de la democracia electiva y que no puede basarse en errados supuestos de uniformidad cultural.²¹⁵ No tendría sentido insertar una cláusula especial cuando los derechos políticos ya están garantizados en tratados²¹⁶ y los indígenas no podrían ser excluidos de ellos. Lo que se enuncia es el derecho a la participación colectiva como *pueblos*,

211 O.I.T., Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación general sobre el Convenio núm. 169. Publicación: 2009 (el subrayado nos pertenece).

212 *Idem*.

213 *Idem*.

214 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 125 (el subrayado me pertenece).

215 Thornberry; *Indigenous Peoples...*, pág. 411.

216 Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

además de los derechos políticos generales de cada uno de sus integrantes.

Este es también el sentido de la cláusula constitucional que asegura a los pueblos indígenas “*su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*” (artículo 75 inciso 17 de la Constitución Argentina).

Lo que se exige es que los pueblos indígenas participen de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que pueden afectar sus derechos e intereses, de allí que “*los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio núm. 169 sobre las cuales ‘reposa la aplicación de las demás disposiciones’, si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación*”.²¹⁷ Para la O.I.T. se trata de un principio “primordial” para definir cómo debe aplicarse el Convenio.²¹⁸

La participación es necesaria para que pueda realizarse la orientación básica del Convenio 169, consistente en promover el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho de los pueblos indígenas. Hay un cambio radical de enfoque con respecto al Convenio 107 ya que éste suponía la inevitabilidad de la desaparición de las culturas indígenas y en consecuencia subordinaba la participación a que las organizaciones y líderes indígenas asumieran como propios los objetivos integracionistas de la política estatal.²¹⁹

En el Convenio 169, por el contrario, la participación es un derecho de los pueblos indígenas y una obligación de los estados. Las propuestas originarias de redacción establecían la participación “siempre que fuera posible”, pero esta frase se eliminó con el fin de asentar con claridad su carácter obligatorio.²²⁰ Las posteriores decisiones de los órganos de derechos humanos y el texto de la Declaración, han asentado este derecho dentro de los principios comunes del derecho internacional aplicable a los pueblos indígenas.²²¹

Un capítulo especial dentro de los derechos de consulta y participación,

217 O.I.T.; *Los derechos...*, pág. 59, con cita de la Comisión de Expertos, 76ª reunión, 2005, Observación Guatemala (el subrayado nos pertenece).

218 Tomei y Swepston; *Guía...* pág. 8.

219 Thornberry; *International Law...*, pág. 349.

220 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 102 e Informe VI (2), pág. 30 (propuesta de México).

221 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile” (24 de abril de 2009).

el referido a la utilización de los recursos naturales, ha determinado numerosas decisiones internacionales ya que se trata de uno de los ámbitos más conflictivos en la actualidad. Se hará específica referencia al mismo en el comentario al artículo 15 del Convenio.

Derecho de consulta

La consulta es el principio básico de los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales. El artículo 19 de la Declaración establece que “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 y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre previo e informado”.

El alcance de la obligación puede comprenderse mediante la respuesta de la Oficina Internacional del Trabajo al comentario realizado por la representación de la dictadura que gobernaba la República de Chile que (como hizo en todos los debates preparatorios) pretendía disolver la especificidad indígena en el marco de la “ciudadanía” general: *“El grado de participación de los interesados debe canalizarse a través de los medios oficiales de participación a que tienen derecho todos los ciudadanos del país”*. A lo que se le respondió que *“La propuesta del Gobierno de Chile estaría en consonancia con la redacción de este artículo si los medios oficiales de participación fueran apropiados a las necesidades de consulta. Al igual que en muchos otros aspectos, por el contrario, la situación de estos pueblos les impide a menudo en la práctica el acceso a dichos cauces oficiales, en cuyo caso son necesarias medidas consultivas suplementarias adecuadas”*.²²²

El Estado tiene el deber de realizar las consultas mediante procedimientos apropiados *cada vez* que se estudien medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Tales consultas deberán ser realizadas por el órgano estatal que prevea tomar la decisión, cualquiera sea su jerarquía, incluyendo al poder constituyente²²³ y al poder judicial en los casos en que adopta decisiones administrativas o reglamentarias.

222 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), págs. 23 y 25.

223 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), pág. 22. También en O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (GB 289/17/3), 2001, párr. 83. Relator Especial, “Principios...”, párrafo 8.

En su informe relacionado con los principios internacionales aplicables a la consulta, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas resume dichos principios del siguiente modo:²²⁴

- La consulta debe realizarse con carácter previo.
- La consulta no se agota con la mera información.
- La consulta debe ser de buena fe dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
- La consulta debe ser sistemática y transparente.
- La consulta debe tener un alcance amplio a todas las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas.

La consulta debe realizarse con carácter previo. Resulta evidente que toda consulta debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada. Pero además el requisito de consulta previa implica que las comunidades afectadas deben ser involucradas *lo antes posible* en el proceso, tal como lo resolvió el Comité de la O.I.T. para tratar una reclamación contra Colombia.²²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que se debe consultar a los pueblos indígenas *“en las primeras etapas del plan... y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”*.²²⁶

Los pueblos indígenas, indica el Relator, *“deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”*.²²⁷

La consulta no se agota con la mera información. Una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la O.I.T. es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información.²²⁸ Estos órganos han reiterado que *“una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*, particularmente a la vista

224 Relator Especial, “Principios...” párrafo 17.

225 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), (GB 282/14/3). 1999, párrafo 90.

226 Sentencia “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.

227 Relator Especial, “Principios...” párrafo 20.

228 *Idem*, párrafo 21.

del establecimiento de un “diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.²²⁹

Las consultas deben realizarse mediante “procedimientos apropiados” lo que exige una formalización del procedimiento que no puede reducirse a simples “conversaciones” sino que se requiere el establecimiento de mecanismos con el propósito de alcanzar acuerdos.²³⁰ El Comité de la O.I.T. que trató una reclamación contra México consideró que la celebración de audiencias informativas no constituye un proceso “en el cual las personas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”.²³¹

La consulta debe ser de buena fe dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. El segundo párrafo del artículo 6 del Convenio, que establece esta condición, es totalmente nuevo y no estaba en los proyectos previos. Fue introducido a propuesta del gobierno de Canadá que señaló que “la palabra ‘consultar’ presupone en sí la obligación de recabar, con buena fe y de manera apropiada, las opiniones, el asesoramiento y la ayuda” de los pueblos interesados.²³² La *buena fe* no se refiere a la interpretación de los tratados, una obligación que ya figura en las Convenciones de Viena, sino que alude a la disposición de los gobiernos evidenciada en las formas y condiciones de realización del proceso. Las consultas deben ser más que los meros formalismos expresamente criticados en los trabajos preparatorios.²³³ Los recaudos de “buena fe” y de “manera apropiada a las circunstancias” requieren brindar información completa y apropiada,²³⁴ ofrecer la oportunidad (y los recursos) para producir prueba y “verdaderos esfuerzos” por parte del Estado en llegar a un acuerdo.²³⁵

229 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), (GB 282/14/3), 1999, párrafo 90.

230 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 12. También el análisis comparativo sobre el cumplimiento por Bolivia, informe de 1994, pág. 12.

231 O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (GB 289/17/3), 2001, párrafo 103.

232 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), pág. 21.

233 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 33 e Informe VI (1), pág. 116.

234 Tomei y Sweptson; *Guía...* pág. 9.

235 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), pág. 22.

Los órganos de control normativo de la O.I.T. han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no es un mero trámite formal, sino que debe concebirse como *“un verdadero instrumento de participación”*.²³⁶ En los términos de un Comité Tripartito de la O.I.T., *“Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, [y] disminuyen las tensiones sociales, el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo. El Comité considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”*.²³⁷

En el caso de la consulta por la reforma constitucional en México, el Comité estimó que *“el clima de enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca impidieron que las consultas se llevaran a cabo de manera más productiva. Es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua, pero más aún con relación a los pueblos indígenas, por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”*.²³⁸

La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Saramaka”, en concordancia con el artículo 6 del Convenio y el artículo 19 de la Declaración, afirma que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta los métodos propios de los pueblos para la toma de decisiones.²³⁹ El Manual

236 O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), (GB 304/14/7), 2006, párrafo 42.

237 O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentado en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), (GB 299/6/1), 2005, párrafo 53.

238 O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (GB 289/17/3), 2001, párrafo 107.

239 Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

de la O.I.T. señala que estas instituciones representativas “*pueden ser tanto tradicionales (consejos de ancianos, consejos de aldea, etc.) como estructuras contemporáneas (parlamentos de pueblos indígenas y tribales, dirigentes locales electos y reconocidos como genuinos representantes de la comunidad o del pueblo interesado)*”.²⁴⁰ Será diferente en cada caso, pero “*lo importante es que éstas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*”.²⁴¹ Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, “*la consulta no cumpliría con los requisitos del Convenio*”.²⁴²

La consulta deberá tener en cuenta la participación de los diferentes pueblos que resultarían afectados. La norma establece que las consultas se realicen con instituciones representativas de cada pueblo indígena o, cuando la haya, de un conjunto de ellos. En virtud del principio de buena fe los estados no pueden negar la consulta aduciendo defectos en la representatividad de las instituciones indígenas. La representatividad no es una cualidad absoluta que se posea íntegramente o no se posea de modo alguno, por lo que una institución indígena existente siempre es más representativa del punto de vista de dichos pueblos que el Estado, en tanto éste es portador de otra cultura.

El Relator señala que los criterios mínimos de representatividad “*(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género*”.²⁴³

Asimismo, la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas. Ello implica que, particularmente en ausencia de mecanismos institucionales específicos

240 Oficina Internacional del Trabajo. *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un Manual*, O.I.T., Ginebra, 2007, pág.17.

241 O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (GB 289/17/3), 2001,párrafo 102.

242 O.I.T.; *Los derechos...*, pág. 61. También en O.I.T., Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), (GB 282/14/2), 2000, párrafo 44.

243 Relator Especial, “Principios”, párrafo 31.

de consulta a los pueblos indígenas en relación con medidas administrativas o de carácter general, deberán buscarse procedimientos que permitan la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes. Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas en donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. En este sentido se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio 169, que establece el deber estatal de adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.²⁴⁴

El carácter adecuado de las consultas tiene una dimensión temporal, que depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En los términos de la O.I.T., “*se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales...si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación*”.²⁴⁵

La consulta debe ser sistemática y transparente. Sostiene el Relator, en concordancia con los principios del Estado de derecho, que las consultas deben responder a procedimientos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. Además, “*la adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas*”.²⁴⁶

Los órganos de control normativo de la O.I.T. han llamado la atención de los estados en diversas ocasiones instándolos a establecer “*con mayor precisión los criterios utilizados para determinar la representatividad, forma de participación en las audiencias y metodología utilizada*”.²⁴⁷ La Comisión de Expertos, en un

244 *Idem*, párrafo 32.

245 *Idem*, párrafo 33. También en O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), (GB 282/14/3). 1999, párrafo 79.

246 Relator Especial, “Principios...”, párrafo 34.

247 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria

informe sobre Argentina, requirió si las actas de las reuniones en el Consejo de Participación Indígena (CPI) del I.N.A.I. “*son públicas, de modo de asegurar que las comunidades indígenas conozcan las cuestiones tratadas en el CPI y, de esa manera, garantizar que haya transparencia respecto de los procedimientos de consulta, participación y resultados, lo cual incidirá asimismo en los grados de adhesión a los mismos*”.²⁴⁸

La Comisión de Expertos también señaló que “*la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines*”.²⁴⁹ Las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio 169. En los casos en que esos mecanismos no existan formalmente aún, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o *ad hoc* con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena.²⁵⁰

De todos modos, el objetivo de establecer formas institucionales de consulta que expresen una realidad compleja, como es la diversidad en ámbitos interculturales, requiere permanecer abierto a adaptaciones que permitan incorporar los cambios que se producen en el tiempo.²⁵¹ Por eso, la Comisión de Expertos sostiene que: “*Debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia*”.²⁵²

La consulta debe tener un alcance amplio a todas las decisiones que

de Trabajadores (CUT), (GB 282/14/3). 1999, párrafo 105.

248 O.I.T., Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 96ª reunión, 2007, Argentina (pág. 594).

249 O.I.T., Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 96ª reunión, 2007, Guatemala (pág. 600).

250 Relator Especial, “Principios...”, párrafo 37.

251 Estas pautas, formuladas con generalidad por los organismos internacionales y que en sí mismas no tienen un contenido que no pueda ser incorporado por un Estado democrático (tal como ocurre en Canadá, Suecia o Noruega), pueden originar conflictos políticos de envergadura en países, como la Argentina, en donde muchas veces los grupos dirigentes permanecen encerrados en formas políticas repetitivas y excluyentes.

252 Observación general al Convenio núm. 169.

puedan afectar a los pueblos indígenas. En relación con el alcance del derecho a la consulta y de la exigencia de buscar el consentimiento previo, libre e informado, según el artículo 19 de la Declaración, el Relator Especial ha señalado, en el contexto de la reforma constitucional del Ecuador, que *“La elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones”*.²⁵³

La consulta es obligatoria siempre que la medida prevista sea *susceptible* de afectar directamente a los pueblos indígenas, de modo que la sola existencia de una afectación potencial obliga a la realización de consultas. Determinar en qué consistiría una afectación directa debe hacerse en concordancia con los principios generales de interpretación de los tratados (artículos 31 y 32 de las Convenciones de Viena) y de modo coherente con los demás tratados de derechos humanos y la legislación interna (artículo 35 del Convenio 169). Resulta claro que toda medida orientada expresamente a los pueblos indígenas o a un pueblo determinado²⁵⁴ los alcanza en forma directa ya que se trata de sus destinatarios manifiestos. Pero además afectan directamente a los pueblos indígenas las medidas dirigidas a la población en general cuando aquellos se encuentren incluidos en ésta. También puede haber situaciones en que una medida dirigida especialmente a sectores no indígenas pueda afectar en forma directa a los pueblos indígenas, tal como sería el caso de la implementación del artículo 31 del Convenio, referido a la eliminación de prejuicios en todos los sectores de la comunidad.

El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales compromete la responsabilidad internacional del Estado, *“Asimismo, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de*

253 Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador (Junio de 2008), párrafo 34. Citado en Relator Especial, “Principios...”, párrafo 40.

254 El requerimiento de consulta a un pueblo determinado puede no resultar de su redacción sino de su ámbito de aplicación.

la consulta y sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas”.²⁵⁵ Lo mismo sucede en la República Argentina, ya que la Corte Suprema ha resuelto desde 1992 que son nulos los actos internos realizados en violación al derecho internacional de los derechos humanos.²⁵⁶ Cabe además señalar que la Corte ha reiterado que los tratados de la Organización Internacional del Trabajo se interpretan tomando como guía las decisiones de sus órganos.²⁵⁷

El consentimiento libre, previo e informado

El segundo párrafo del artículo 6 del Convenio determina que las consultas deberán tener la finalidad “de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” y la Declaración precisa este requisito estableciendo que las consultas con los pueblos indígenas se realizarán “a fin de obtener su consentimiento, libre previo e informado” (artículo 19). El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) también ha recomendado que de acuerdo al texto de la Convención que interpreta, los Estados deben garantizar que no se adopte decisión relacionada con los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento informado.²⁵⁸

El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del acuerdo. En muchos casos, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra el consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión.²⁵⁹ Sin embargo, hay situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de

255 Relator Especial, “Principios...”, párr. 6, con cita de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia N° 13832 del 11 de septiembre de 2008, consulta facultativa expediente N° 08-011089-0007-CO; Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

256 Casos “Ekmekdjian” (1992), Fallos: 315:1492; “Priebke” (1995), Fallos: 318:2148 y “Simon” (2005), Fallos: 328:2056; entre muchos otros.

257 Casos “ATE” (2008), Fallos: 331:2499; “Aerolíneas Argentinas” (2009), Fallos: 332:170; “Pérez, Aníbal” (2009), Fallos: 332:2043 y “Rossi” (2009), Fallos: 332:2715, entre otros.

258 CERD, Recomendación XXIII (1997).

259 Clavero, Bartolomé; “Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, inédito (documento elaborado en respuesta a una consulta de la Confederación Mapuche Neuquina), enero de 2010.

un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales (artículo 16 del Convenio).²⁶⁰

En el caso “Saramaka” la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando a la Declaración, estableció que *“cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”*.²⁶¹

Lo que se impone es un proceso administrativo que brinde la oportunidad para que los pueblos indígenas afectados puedan plantear sus preocupaciones e identificar las soluciones a los problemas antes de decidir si otorgan o no su consentimiento.²⁶²

Para entenderlo correctamente es necesario esclarecer el significado de cada uno de los elementos que lo conforman:²⁶³

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”*.²⁶⁴

Libre. Significa ausencia de coerción, intimidación, manipulación *“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’”.²⁶⁵ El Estado debe aportar los recursos necesarios para que las deliberaciones puedan llevarse a cabo en equivalencia de condiciones. A ello tiende el apartado c) del primer párrafo del artículo 6 del Convenio (el punto se desarrollará más adelante).

Previo. Significa que se permita tiempo suficiente para la recopilación de

260 *Idem*, con cita de Irigoyen, Raquel; “De la Tutela Indígena a la Libre Determinación del Desarrollo, Participación, Consulta y Consentimiento”, Lima, enero de 2009.

261 Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 131 y 134.

262 MacKay, Fergus; *El derecho de los pueblos indígenas al Consentimiento libre, previo e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial*, Forest People Programme, 2004, pág. 17.

263 Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM, 2008, pág. 28), citadas en O.I.T.; *Los derechos...*, pág. 63.

264 Clavero, B. “Consulta...”, pág. 2

265 *Idem*.

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*”.²⁶⁶

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 adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales*”.²⁶⁷ El contenido de la información debe abarcar por lo menos los siguientes aspectos: a) la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b) la razón o las razones o el objeto del proyecto o la actividad; c) la duración; d) la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e) una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f) el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y g) los procedimientos que puede entrañar el proyecto.²⁶⁸

Participación permanente

Si bien el texto constitucional argentino establece como directiva genérica la “participación” de los pueblos indígenas “en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” (artículo 75 inciso 17), el Convenio 169 y la Declaración, así como los órganos de la O.I.T., utilizan precisiones que implican cierta distinción entre los conceptos, estrechamente relacionados, de “consulta” y “participación”.

Toda consulta es una especie dentro del género *participación* y constituye el umbral participativo mínimo del Convenio, que deberá implementarse por toda agencia estatal cuando en su ámbito prevea medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Ello implica que se trata de un procedimiento que si bien requiere formalización y transparencia, puede tener carácter discontinuo en la

266 Idem.

267 Idem.

268 O.I.T.; *Los derechos...*, pág. 63.

medida en que se establece con la finalidad de conducir a una decisión determinada y concluye una vez adoptada ésta. Las distintas agencias o reparticiones estatales ejercen competencias muy variadas, y sólo en los casos en que este ejercicio pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, lo que tal vez no suceda a menudo, se encuentran obligadas a poner en práctica la consulta.

El segundo párrafo del primer apartado, además, obliga a establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar libremente de manera continua en el Estado:

a) En general, “por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población”, lo que implica, además de garantizar el ejercicio de los derechos electorales y ciudadanos, una presencia colectiva indígena en los canales formales o informales de participación sectorial. Los mecanismos electorales que aseguran bancas legislativas para representantes indígenas, tal como se establece en los sistemas de varios países (Nueva Zelanda, Colombia, Venezuela y Bolivia) si bien no se encuentran determinados en el Convenio como obligación de los estados, son una forma posible de aportar la participación general igualitaria.²⁶⁹ Aunque nuestro país carezca de tradición en este punto, la representación parlamentaria mediante grupos nacionales, étnicos, religiosos o lingüísticos, es una forma constitucional adoptada por numerosos estados (aún sin presencia indígena) como solución a las tensiones provocadas por la diversidad, que no sólo no se encuentra reñida con las garantías igualitarias establecidas en los tratados de derechos humanos sino que más bien constituye una aplicación efectiva de ellas.

b) De modo permanente “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 conciernan” (a los pueblos indígenas). La norma es completamente nueva acorde con la orientación que establece que los pueblos indígenas deben jugar un papel activo en las decisiones públicas que los afectan y no ser un mero objeto pasivo de protección. Lo que se requiere es que los pueblos, a través de sus instituciones representativas (tal como resulta de todo el Convenio, y especialmente del párrafo anterior) tengan un mecanismo permanente para hacer oír su voz e incidir decisivamente en las políticas estatales orientadas a ellos.

La cláusula se encuentra estrechamente vinculada a los artículos 2 y 33, por una parte, que establecen la cooperación en los programas destinados a los pueblos indígenas, en todas las etapas, desde la planificación hasta la evaluación. Por otra, la referencia implícita es al artículo 7 del Convenio, por el cual “los pueblos indígenas y tribales deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo y de participar en la formulación, implementación y evaluación de los planes y

269 *Idem*, pág. 75.

programas de desarrollo nacional y regional que les pueden afectar directamente”.²⁷⁰ Por ello remitimos a los comentarios de dichos artículos.

Derecho al desarrollo institucional

El tercer párrafo del primer apartado establece el derecho de los pueblos indígenas (y la correlativa obligación de los estados) a que se “establezcan los medios” para el pleno desarrollo de sus instituciones e iniciativas. Ello resulta un corolario de los derechos de consulta y participación ya que para que éstos puedan realizarse efectivamente se requiere el desarrollo del colectivo humano que los debe ejercer. Tal como lo señaló Perú en la ronda de consultas sobre la declaración americana de derechos indígenas, los derechos políticos “*son permanentemente negados, de ipso más que de iure al negarse la autonomía de sus formas de organización y su derecho a participar en las decisiones de la sociedad mayor sin quebrantar su propia identidad étnica*”.²⁷¹

El desarrollo debe ser de las *instituciones* e *iniciativas* indígenas. Estas últimas se relacionan especialmente con el desarrollo económico y requieren recursos apropiados, especialmente adecuado financiamiento, subsidios y créditos.²⁷² Cuando Canadá objetó que los estados tuvieran la obligación de proporcionar recursos se le contestó que la objeción sería justa sólo si los estados no hubieran antes obtenido recursos de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas.²⁷³

Las instituciones necesarias para la participación son sobre todo aquellas en que se plasma la propia organización política indígena ya que su reconocimiento como pueblos, respetando el pluralismo institucional indígena, ha sido uno de los principales objetivos encarados por la reforma del Convenio.²⁷⁴

El Convenio 107 suponía que las instituciones indígenas tenían cierto grado de autoritarismo y por eso buscaba estimular su reemplazo por prácticas electivas. Ello suponía una incompreensión de la concepción de la autoridad en culturas que no han optado por separar un aparato organizado de coacción como el Estado. En sociedades sin estructura independiente de coacción y con distribución horizontal de la autoridad, las formas institucionales que igualmente respetan los derechos

270 O.I.T., CEACR, Observación general sobre el Convenio núm 169. 2009.

271 C.I.D.H.; *La situación...*, pág. 42.

272 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 11.

273 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2 A), pág. 21 (IPWG).

274 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 108.

humanos deben ser comprendidas en sus propios términos. En 1978 un tratadista internacional criticó en duros términos los presupuestos ideológicos del Convenio 107: “*Los grupos aislados de cazadores y recolectores practican una economía que es en los hechos más cooperativa e igualitaria que cualquiera encontrada en las modernas sociedades; la autoridad y responsabilidad individuales son rechazadas y evitadas en los asuntos comunes y el así llamado ‘jefe’ o ‘líder’, incluso cuando existe, carece las más de las veces de poder individual. ¿Realmente tales comunidades se encuentran en urgente necesidad del estilo occidental de ‘libertades civiles’ o instituciones electivas?’*”.²⁷⁵ En igual sentido, el Cacique Paghitrúz Guor decía en el siglo XIX: “*En esta tierra el que gobierna no es como entre los cristianos. Allí manda el que manda y todos obedecen. Aquí hay que arreglarse primero con los otros caciques, con los capitanejos, con los hombres antiguos. Todos son libres y todos son iguales*”.²⁷⁶

275 Bennet, G.; *Aboriginal Rights in International Law*, Royal Anthropological Institute, London, 1978, pág. 21 (citado en Thornberry; *Indigenous Peoples...*, pág. 353).

276 Citado en Martínez Sarasola, Carlos; *Nuestros paisanos los indios*, Emecé, Buenos Aires, 1992, pág. 256.

Libre determinación, desarrollo y medio ambiente.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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 puedan 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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 conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

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.

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.

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.

Libre determinación²⁷⁷

El artículo expresa la libre determinación con especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales,²⁷⁸ reconociendo el derecho de los pueblos indígenas al propio desarrollo, a determinar las prioridades, a controlar el proceso de toma de decisiones y al autogobierno.

Como se expuso en la introducción, la libre determinación de los pueblos es un derecho que admite su realización de múltiples formas. Enunciado como uno de los derechos humanos fundamentales, se expresó inicialmente vinculado a los procesos de descolonización y reclamos de independencia completa de los países coloniales. En tal carácter fue expuesto en la Resolución 1514 de la Asamblea General (1960). Sin embargo el texto establecido como artículo 1 común de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales no tiene esa unidireccionalidad. En 1984 el Comité de Derechos Humanos consideró que todos los estados partes del pacto debían presentar informes acerca del artículo 1 describiendo *“los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica el ejercicio de este derecho”* al que entendía como *“condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”*,²⁷⁹

277 El desarrollo del tema ha sido realizado en la Introducción, en el punto “La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos”.

278 O.I.T., *Revisión...* Informe VI (1), pág. 114.

279 Observación General N° 12 (1984).

con lo que se resaltaba el derecho a la libre determinación al interior de los estados, ya que se trata de un derecho humano, no un derecho de los estados.

En base al derecho de libre determinación, reconociendo su realización en el ejercicio colectivo de los derechos políticos, la comunidad internacional declaró ilegítimo el *apartheid* como orden institucional en Sudáfrica con su sistema de segregación racial y de privilegios para los blancos,²⁸⁰ con lo que quedaba claro que el derecho no se identificaba con la independencia estatal y reconocía la identidad de pueblos con demandas de autonomía diferentes a la constitución de estados separados. De este modo, la libre determinación se relaciona con un concepto de democracia que reconoce la heterogeneidad cultural, la inclusión de los derechos de ciertas minorías a la autonomía y la participación colectiva, al interior de los estados, sin cuestionar la integridad territorial de éste.²⁸¹ Así, cobró realidad normativa en la década de 1990 como una herramienta de solución a conflictos interculturales que parecían insolubles desde el marco de la soberanía estatal absoluta. La constitución de la República Sudafricana de la era post-apartheid reconoce expresamente el derecho a la libre determinación de una comunidad que comparta una común herencia cultural o lingüística. Luego de los sangrientos conflictos raciales que tuvieron lugar en Eritrea y Etiopía, la nueva constitución de este último país, vigente desde 1995, establece al Estado como una federación étnica que incluye el derecho a la libre determinación de las partes constituyentes. Ya con anterioridad, la comisión creada por la Comunidad Europea en 1991 para arbitrar en el conflicto de la ex Yugoslavia sostuvo que la ausencia de derecho a secesión por parte de una minoría nacional no implica que no exista un derecho a la libre determinación consistente en la protección de dichas minorías dentro del Estado mediante un status adecuado.²⁸²

La Conferencia de Nuuk, Groenlandia, realizada en 1991 fue clave en la formulación de la libre determinación como autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas. Esta conferencia se realizó en el territorio autonómico de los Inuit o Esquimales. Groenlandia es parte de Dinamarca y tiene un “Home Rule” (regla interna) firmada y convenida entre el Estado Danés y los Inuit. “*Por medio de este Convenio,*

280 Anaya, “The Rights...”, pág. 187, con cita de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas Nros. 2775 (1971) y 3411 (1975) y Resolución del Consejo de Seguridad N° 392 (1976). También la “Convención Internacional sobre la supresión y castigo del crimen de ‘apartheid’” (1973).

281 Henrard, Kristin y Smis, Stefaan; “The Right to Self-Determination and the Accommodation of Cultural Diversity. Some Theoretical Remarks and an Analysis of the Situation on South Africa and Ethiopia” en *Law and Cultural Diversity*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1999, págs. 128 y 129.

282 *Idem*, págs. 126 y 127.

existe un autogobierno Inuit, con ejecutivo y Parlamento, que se ocupa de todos los aspectos relativos al desarrollo, funcionamiento y organización interna del territorio. El Estado Danés tiene a su cargo la defensa externa, las relaciones internacionales y se han realizado varios convenios sobre pesca y minería entre el ente autonómico, el Estado Danés y la Unión Europea".²⁸³ En la Conferencia se definió que "i) Los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación, ii) que existen diversas formas de ejercitarse la autodeterminación y iii) que la autonomía dentro del Estado es una forma legítima y eficaz del ejercicio de la libre determinación".²⁸⁴

Con variados matices el derecho a la libre determinación ha sido reclamado por la totalidad de las organizaciones indígenas del mundo. "Definimos nuestros derechos en términos de libre determinación. No estamos buscando desmembrar sus estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos, la organización de nuestras sociedades, nuestros propios órganos de decisión y el mantenimiento de nuestras culturas y modos de vida". (Declaración de la Coalición Nacional de Organizaciones Aborígenes de Australia en la 75ª sesión de la Conferencia de la O.I.T. 13 de junio de 1988).²⁸⁵ En los trabajos preparatorios de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace notar que los Organismos Intergubernamentales consideran que los pueblos indígenas "deben tener el derecho a ser autónomos en sus asuntos internos, así como en el control y manejo de sus territorios, dentro del marco de estatutos nacionales de carácter federativo. Agregan que este derecho implica el tener sus propias autoridades y regímenes tradicionales de gobierno local y hasta nivel étnico, es decir, del conjunto de comunidades identificables como del mismo origen, y sin que a esas autoridades y regímenes se sobrepongan las del Estado correspondiente en su mismo nivel".²⁸⁶

El reconocimiento explícito del derecho a la libre determinación en el artículo inicial de los dos principales tratados universales de derechos humanos no podía dejar de incluir a los pueblos indígenas. Si bien en los debates que condujeron a la redacción del Convenio 169 se limitó el alcance del tema, considerando que éste excedía la competencia de la O.I.T.,²⁸⁷ el texto final del artículo 7 refleja las aspiraciones de autonomía, dieciocho años antes de que ésta fuera universalmente reconocida, como derivación de aquel artículo 1 de los pactos, en los artículos 2,

283 Bengoa, José; *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2ª ed., 2007, pág. 282.

284 *Idem*, pág. 283.

285 Citado por Anaya, *Indigenous Peoples...*, pág. 64.

286 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 69.

287 Ver comentario al artículo 1 en este libro ("El concepto 'pueblos'").

3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Al igual que lo ocurrido con los artículos 5 y 6 del Convenio, la técnica de “revisión” del Convenio 107 ha implicado que estas normas fundamentales, no se encuentren encabezando el texto del nuevo Convenio.

En el derecho interno argentino, el reconocimiento constitucional de la preexistencia indígena (artículo 75 inciso 17) fue dado en el marco de un debate acerca del alcance del término “pueblos”, similar al que se había formulado durante la discusión del Convenio 169 seis años antes. La redacción final, que incorpora los pactos de derechos humanos²⁸⁸ y el concepto de “pueblos indígenas” (con el calificativo de “argentinos” que resalta su pertenencia al Estado²⁸⁹), implica el reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía y libre determinación con anterioridad a la formulación expresa por la comunidad internacional. El voto favorable de la delegación argentina al texto de la Declaración se explica por esta coherencia con el derecho interno.

Desarrollo autónomo

En su comentario de este artículo, el Manual editado por la O.I.T. señala que el Convenio *“establece claramente que, con respecto al proceso de desarrollo, los pueblos indígenas y tribales tienen los siguientes derechos:*

- ***Derecho a que se realicen estudios de la incidencia de los proyectos de desarrollo con carácter previo a toda planificación relativa al desarrollo.***
- ***Derecho a decidir el tipo de desarrollo, sus formas y su ritmo.***
- ***Derecho a participar en todas las etapas de los planes y programas pertinentes al desarrollo local, nacional o regional.***
- ***Derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural, y a desarrollar sus propias instituciones e iniciativas. Los gobiernos deberán facilitar estas realizaciones proporcionando los recursos necesarios”.***²⁹⁰

El primer párrafo del artículo 7 reconoce un modelo autónomo de

288 El artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece el derecho de “todos los pueblos” a la libre determinación.

289 Gelli; *Constitución...*, pág. 572.

290 O.I.T.; *Un manual...*, pág. 23.

desarrollo, prohibiendo decisiones y programas establecidos verticalmente desde las estructuras estatales e impuestos a los pueblos indígenas. En virtud de la libre determinación los pueblos indígenas, se encuentran reconocidos para decidir los rumbos de su propio futuro sin que éste les pueda ser impuesto por los estados.

El artículo garantiza el máximo control posible de los pueblos indígenas sobre su proceso de desarrollo al reconocer su derecho *a decidir*.²⁹¹ Tal es la forma concreta en que debe operar la “participación en la gestión” establecida en la Constitución. Los términos “decidir” y “controlar” se incluyeron a propuesta de las organizaciones indígenas en lugar de “consulta” y “participación” que figuraban en los proyectos.²⁹² El ámbito de control abarca todo lo que afecte la vida, creencias, instituciones, bienestar espiritual y tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. Es de destacar que la garantía abarca la protección de los lugares sagrados y yacimientos arqueológicos, y en este sentido constituye una modificación de las atribuciones estatales contenidas en el código civil referidas a los bienes de dominio público (artículo 2340) dada la superior jerarquía de los derechos de los pueblos indígenas. Aunque la referencia a las tierras se explicará en el comentario al artículo 14 del Convenio, este es uno de los “casos apropiados” mencionados en esa norma, en los cuales se deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso.

El primer párrafo destaca que las decisiones sobre las prioridades pertenecen siempre a los pueblos. Además se les garantiza el control en todos los casos en que estén en condiciones organizativas para ejercerlo, lo que sucede siempre que lo reclamen, ya que *“añadir las palabras ‘en la medida de lo posible’ no significa limitar en modo alguno el derecho a participar en la formulación y ejecución de los planes y programas de desarrollo, sino simplemente otorgar la flexibilidad necesaria en caso de que la participación en todas las fases no sea logísticamente posible”*.²⁹³ El párrafo “en la medida de lo posible” no es una vía abierta para que los gobiernos permitan o no el control indígena a su voluntad ya que surge claro de los trabajos preparatorios que la *posibilidad* está referida al grado de organización y voluntad indígenas, no a las prioridades del Estado.²⁹⁴

El derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes generales susceptibles de afectarlos directamente es una aplicación especial de lo dispuesto en los artículos 6 y 33, a cuyos comentarios se remite. Los planes

291 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 102 e Informe VI (2), pág. 35.

292 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 9.

293 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 36.

294 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 35 y 36 e Informe IV (2A), pág. 24. Ver también el comentario al artículo 34 del Convenio.

deben elaborarse, ejecutarse y evaluarse con la cooperación indígena (el agregado “evaluación” fue a propuesta de Argentina²⁹⁵).

El párrafo entero implica un reconocimiento de las organizaciones indígenas y una obligación estatal de adecuar sus estructuras decisorias a las formas participativas garantizadas, tal como lo ha interpretado la Comisión de Expertos de la O.I.T. requiriendo mecanismos de participación²⁹⁶ y estudios previos acerca de las propuestas de desarrollo.²⁹⁷

Prioridades de los planes de desarrollo

El segundo párrafo sustituye íntegramente al artículo 6 del Convenio 107, que establecía las prioridades de los planes y proyectos gubernamentales generales para las regiones con presencia indígena. La nueva redacción destaca la participación y cooperación y determina que el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo así como del nivel de educación y de salud deben ser los objetivos prioritarios de aquellos planes y proyectos. Un “nivel de vida adecuado” no sólo es un derecho individual sino también un prerrequisito del desarrollo cultural colectivo.²⁹⁸

A diferencia del apartado anterior, éste se refiere a los planes enfocados a las regiones que habitan los pueblos indígenas y no al desarrollo específico indígena, sean tales planes o proyectos “globales” o “especiales”. En ambos casos, el Estado deberá tener en cuenta los objetivos prioritarios señalados y requerir la participación indígena, no pudiendo tomar decisiones de desarrollo e infraestructura unilateralmente ni hacer proyectos a expensas de los pueblos indígenas.²⁹⁹ La disposición se relaciona con la protección del medio ambiente y por ello, de acuerdo a la Comisión de Expertos de la O.I.T. debe haber mecanismos judiciales preventivos de daño irreparable,³⁰⁰ tal como los amparos previstos en el artículo 43 de la Constitución y 30 de la ley 25.675 (ver comentario al artículo 12).

295 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 23.

296 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 12.

297 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Honduras, informe de 1999, pág. 15.

298 Capotorty; Study..., pág. 59, citando conclusiones del seminario sobre promoción y protección de los derechos humanos de minorías nacionales y étnicas (Ohrid, Yugoslavia, 1974).

299 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 35.

300 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 12.

Como todas las normas que requieren participación, se pretende alcanzar un alto grado de consenso, ya que no pueden establecerse objetivos estatales para favorecer a los pueblos indígenas en contra de su voluntad (artículo 4 del Convenio). Acciones como la de la dictadura militar chilena, que programó planes de desarrollo indígena favoreciendo el parcelamiento de las tierras y la formación de pequeñas propiedades privadas enajenables, en contra de la opinión de las organizaciones representativas, resultan claramente prohibidas por el Convenio.

Impacto cultural y ambiental

El tercer párrafo no tenía antecedentes en el Convenio 107 y toma en cuenta el impacto cultural, social y ambiental del desarrollo buscando la protección de los bienes culturales (en la legislación argentina la dimensión cultural integra el concepto de *ambiente*³⁰¹). Establece un control sobre parámetros objetivos de las actividades de los gobiernos para evaluar la magnitud de los intereses afectados. La aplicación de las normas del Convenio tiene el sentido de aumentar (nunca disminuir) la protección establecida por la legislación ambiental, nacional o local. De allí que toda actividad “que pueda afectar al ambiente” requiera un procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental, con plena información y audiencia pública (leyes 25.675 y 25.831). Sin embargo, el proceso de consulta con los pueblos indígenas contiene recaudos mucho más limitantes de la acción estatal que los establecidos en las leyes generales del ambiente. Es así porque se halla en juego el derecho a mantener una vida colectiva diferente de la del resto de la población. El agregado “siempre que haya lugar” fue introducido a propuesta de Canadá para los casos en que podría prescindirse de los estudios previos cuando, con la participación indígena, se decida que éstos son innecesarios porque aparece claramente que la actividad no es susceptible de degradar al ambiente.³⁰²

Derecho al ambiente sano

El último apartado del artículo se agregó a propuesta del Grupo de Trabajo de Pueblos Indígenas (IPWG) canadiense, la Conferencia Inuit Circunpolar y Noruega.³⁰³ Aunque aparece formulado en términos de política estatal, se trata de

301 Artículo 2 inc. a) ley 25.675. Además, la exigencia de incluir el impacto cultural en el texto fue introducida a propuesta de la delegación argentina (O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 37).

302 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 24

303 *Idem*, pág. 23.

una norma que reconoce la perspectiva indígena en el derecho humano al medio ambiente, cuya protección deberá ser realizada con participación indígena, lo que implica un control en los proyectos generales de desarrollo (mineros, camineros, petroleros, hidroeléctricos, forestales, etc.).

Si bien la legislación argentina reconoce los componentes culturales del medio ambiente (artículo 41 de la Constitución Nacional y artículo 2 inciso 'a' de la ley 25.675), el derecho humano al medio ambiente desde la concepción indígena tiene componentes diferentes que van mucho más allá del derecho ambiental occidental. Es así porque la libre determinación y la vinculación propia de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios,³⁰⁴ orientan este derecho, en primer lugar, como un derecho al mantenimiento y promoción de la relación especial entre los pueblos y comunidades indígenas y el medio ambiente, y en segundo lugar, como un derecho de protección de esta relación especial, materializado a través del derecho a la tierra, el derecho a los recursos naturales y el derecho al territorio.³⁰⁵

El ámbito espacial de protección son los *territorios* indígenas, término que es más abarcativo que el de *tierras* pues “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (artículo 13 del Convenio). Debido al énfasis puesto en esta concepción amplia, se desecharon las propuestas de detallar los elementos del territorio “*ya que los términos más generales utilizados no parecen mejorar con una definición más restrictiva*”.³⁰⁶

Esta estrecha vinculación entre los derechos al *territorio* y al medio ambiente es lo que distingue a la perspectiva indígena. Ello obliga a considerar las normas ambientales con un componente en la protección cultural mucho más pronunciado que cuando se aplican en ámbitos no indígenas. El territorio, dicen los pueblos indígenas, “*es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad. Existe una reciprocidad entre él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee este. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones de un espacio rico en recursos y lleno de memoria*”.³⁰⁷

304 Ver comentario al artículo 13 del Convenio.

305 Berraondo López, Mikel; “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, en Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 470.

306 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 25.

307 Jesús Piñakwe, *Del Olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*, citado por Berraondo López en “Tierras y territorios...”, pág. 484.

Derecho indígena. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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.

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.

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.

Los dos derechos

De acuerdo con el artículo 6 del Convenio toda legislación a dictarse y que pueda afectar a los pueblos indígenas requiere procesos institucionalizados de consulta en su elaboración. La disposición tiende a establecer procedimientos de consenso para que las normas que resulten de esos procesos contemplan la diversidad cultural, en tanto ésta se encontraría incorporada desde su génesis al haber sido elaborada entre el Estado y los pueblos indígenas.

Sin embargo, la legislación actual de los estados ha sido dictada siguiendo exclusivamente los procedimientos y orientaciones monopolizados por la cultura dominante, lo que hace que la casi totalidad del sistema jurídico interno constituya un orden homogéneo opuesto a la promoción y mantenimiento de la autonomía indígena.

Las normas de los artículos 8 a 12 del Convenio atienden a esta situación de conflicto existente y serán de importancia fundamental mientras se mantenga la estructura normativa elaborada durante siglos de hegemonía jurídica del derecho occidental y del paradigma del Estado-nación. Las obligaciones contenidas en estos artículos alcanzan a todo el Estado y deben aplicarse cada vez que los órganos de éste adopten decisiones con efectos sobre los pueblos indígenas.

Sin embargo, dado que todas las decisiones legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas deben realizarse mediante consulta previa (artículo 6 del Convenio), el principal ámbito de aplicación práctica de estos artículos se encuentra en la administración de justicia, ya que se trata de disposiciones que inciden de manera inmediata en situaciones de conflictos individuales o colectivos que se resuelven mediante la aplicación del derecho.

El Convenio abre las puertas al pluralismo jurídico para atender a este tipo de situaciones, es decir, a un derecho no monopolizado por el Estado y producido por diversas fuentes, órganos y prácticas sociales. Se reconoce la existencia de sistemas jurídicos diferentes en el mismo Estado y se dan pautas generales para la convivencia entre ambos. Salvo casos especiales, como el de la resolución de conflictos internos a los pueblos indígenas (artículo 9.1), no se determina cuál de los dos ámbitos de normas ha de prevalecer en cada caso, lo que impone que los razonamientos decisorios siempre han de ser contextualizados en la situación concreta.

Sin embargo, se establecen directrices genéricas: 1) los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar su derecho interno y sus instituciones jurídicas; 2) el derecho interno de los pueblos indígenas (o del pueblo o comunidad involucrado en el caso particular) debe ser conocido y tenido en cuenta; 3) debe evitarse la imposición de decisiones adoptadas de modo unilateral por el Estado; 4) los pueblos indígenas y sus miembros conservan todos los derechos generales que tienen por ser ciudadanos del Estado en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos; 5) el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos es el requisito común de validez de las normas y prácticas jurídicas, tanto para el Estado como para los pueblos indígenas.

Un lugar para el derecho indígena

El artículo 8 se refiere a las relaciones entre el derecho propio de los pueblos indígenas y el derecho del Estado³⁰⁸ y constituye una guía para allanar las grandes

308 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 123.

dificultades de comunicación entre estos pueblos y el sistema judicial.³⁰⁹

Para la ideología jurídica que dominó a las sociedades occidentales desde los siglos XVI y XVII, el derecho era una manifestación del Estado, que a su vez se consideraba el punto más alto en la escala del progreso de las sociedades. De allí que las organizaciones sociales no estatales fueran calificadas como *inferiores* o *primitivas* y que en caso de conflicto prevaleciera el derecho estatal. Esta concepción jerárquica de las relaciones interculturales ha sido expresamente abandonada tanto por el derecho internacional como por el ordenamiento jurídico argentino interno. La Constitución reformada y la incorporación de los tratados de derechos humanos, especialmente el Convenio 169, rechazan este punto de vista. Con estos cambios las relaciones entre la legislación del Estado y las normas propias indígenas deben juzgarse según los criterios de la diversidad cultural y la igualdad entre pueblos, no de la hegemonía de una cultura sobre las demás.

El Convenio 169 obliga a los estados a respetar el derecho indígena,³¹⁰ lo que implica un “*esfuerzo conceptual y práctico de gran magnitud*” por parte de los funcionarios, como lo sostuvo Guatemala en los trabajos preparatorios de la Declaración Americana.³¹¹ Es por ello que la Comisión de Expertos de la O.I.T. recomienda la compilación de las costumbres para conocimiento de los funcionarios del Estado.³¹²

El artículo, en sus tres apartados, establece las pautas básicas del marco dentro del cual cada Estado ha de resolver las cuestiones que plantea la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes. En primer lugar, la aplicación del derecho estatal deberá “tomar en consideración” la especificidad indígena. Además, los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener sus propias normas e instituciones y el Estado debe establecer procedimientos participativos para solucionar los conflictos entre sistemas. El párrafo final deja aclarado que la aplicación de tales principios no puede fundamentar ninguna discriminación en perjuicio de los pueblos indígenas.

Debida consideración del derecho indígena

El primer párrafo alude a los casos en que se aplica la ley general a los

309 Tomei y Swepston; *Guía...*, pág. 12.

310 O.I.T., análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Honduras, informe de 1999, pág. 38. Informe sobre Bolivia (1994), pág. 15.

311 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 74.

312 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 16.

pueblos indígenas o a sus miembros individuales. “Legislación nacional” se refiere al derecho tradicional del Estado o derecho no indígena, sea de origen nacional, provincial o municipal, aunque no es afortunado denominarlo de ese modo ya que al reconocerse el propio derecho indígena éste también tiene status de “legislación nacional”. Esta es otra aplicación del principio de igualdad, análoga a la que en el artículo 5 impone tomar debidamente en consideración la índole de los problemas que se le plantean a los pueblos tanto colectiva como individualmente.

La norma sienta un principio general para todos los casos que conciernan a los pueblos indígenas o a sus miembros descartando una relación de jerarquía entre los sistemas jurídicos diferentes. Se trata de una guía para regular cómo deben solucionarse los conflictos que impliquen normas originadas en culturas diferentes a la hegemónica. Por ejemplo, en el caso “Awás Tingni” la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas debe ser respetado en la forma en que dichos pueblos lo entienden. Similar criterio había establecido respecto de los derechos hereditarios en el caso “Aloeboetoe”.³¹³

Tomar “debidamente en consideración” (párrafo 1) conjuntamente con el “derecho de conservar sus costumbres e instituciones” (párrafo 2) implica que los órganos estatales (especialmente los judiciales) tienen que atender en primer lugar a las propias normas indígenas y que en los casos en que decidan hacer prevalecer el derecho estatal se encuentran obligados a fundamentar su apartamiento de las costumbres o derecho indígena mediante argumentos congruentes con el espíritu del Convenio (los límites a la aplicación del derecho indígena se tratarán más adelante, en el comentario de este artículo). En materia penal, en los casos de juzgamiento de miembros de los pueblos indígenas por los tribunales estatales, la norma obliga a adecuar la teoría del delito de modo de tener en cuenta las diferencias culturales.³¹⁴

La referencia a las costumbres no figuraba en el Convenio 107. Se trata de un concepto más amplio que no es igual a “derecho consuetudinario”³¹⁵ y fue agregado con la intención de reforzar la interpretación de las normas indígenas, que debe ser realizada dentro de su propio marco de sentido. El “derecho consuetudinario” alude en general a “*todos los sistemas de reglamentación internos*”³¹⁶ y no tiene carácter restrictivo pues el respeto a las instituciones abarca incluso legislación interna escrita. Debe tenerse en cuenta que el Convenio pretende incluir una

313 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias del 31 de agosto del 2001 y del 10 de septiembre de 1993, respectivamente.

314 Becerra, Nicolás; *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pág. 23. Ver comentario al artículo 9 del Convenio.

315 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 26 (a propuesta de Canadá).

316 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 39.

multitud de situaciones y que los pueblos indígenas son muy diversos entre sí, de modo que los términos empleados deben entenderse con la flexibilidad que requieren las situaciones que regula (artículo 34 del Convenio). Por ello el término “consuetudinario” no debe entenderse como haciendo alusión a su antigüedad sino a su uso actual por los pueblos indígenas.

La prueba de las costumbres o el derecho consuetudinario en los procedimientos judiciales o administrativos

La obligación de los estados de tomar debidamente en consideración las normas propias de la cultura indígena de que se trate en cada caso, quedaría en una expresión de deseos si no implicara directamente que los procedimientos deben incluir las formas de introducir el conocimiento de aquellas por parte de los magistrados y funcionarios.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, considera que el derecho a un tribunal independiente e imparcial contenido en los tratados de derechos humanos,³¹⁷ exige “*que los jueces sean conscientes de la diversidad social y de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales*”.³¹⁸

En una acertada sentencia absolutoria, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén consideró que “*ciertas conductas desplegadas en el ámbito de determinados grupos étnicos deben ser analizadas en función de la significación que, las mismas, adquieren dentro de su atmósfera cultural; ello, simplemente, porque es dentro de esa atmósfera en que se vuelven inteligibles. Como muy bien lo ha puntualizado Beatriz Kalinsky: ‘El uso de giros tales como ‘internalización de la norma’ (...), frecuentes en el vocabulario jurídico penal, descuentan que los límites impuestos por el contrato social benefician y protegen a todos por igual (...). Sin embargo, el núcleo expresivo de lo que pretendemos mostrar como la pluralidad cultural nos dice que esas normas - jurídicas y culturales - serán revisadas a la luz de actualizaciones de criterios y miradas de acuerdo con las condiciones sociales en donde pretenden ser respetadas’ (conf. “Diversidad sociocultural y formas punitivas del Estado. En busca de respuestas antropológicas al sistema jurídico penal en el Sur de la Provincia del Neuquén, Argentina”, en: “Alteridades”, 1996, 6 (11), pág. 92...)*”.³¹⁹ También recientemente

317 Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

318 Recomendación general N° XXXI (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal.

319 T.S.J. de Neuquén en “Puel, Raúl s/ Daño” (Expte. N° 228/1998), Ac. 8/99 del 12/3/99

el Superior Tribunal de Justicia del Chaco ha expresado, sosteniendo la necesidad de la pericia antropológica, que *“sólo un estudio integral de todos y cada uno de los componentes culturales del pueblo propiciará la comprensión de su particular relación con la tierra”*.³²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la efectividad de las garantías judiciales establecidas en la Convención, sostuvo que *“en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*.³²¹ La misma Corte, en relación a los artículos 24 (Igualdad ante la ley) y 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la Convención, aplicados en casos de derechos de miembros de una comunidad indígena, ha dicho que *“los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”*.³²²

No hay forma de que estas previsiones se realicen en los procedimientos concretos si no es mediante formas probatorias que aseguren que las costumbres y derecho consuetudinario indígena son conocidos por quienes adoptarán decisiones, paso previo y necesario para ser tenidos en cuenta. Este no es un conocimiento que se presuma que posean los funcionarios estatales, no sólo porque ha sido el Estado el que históricamente se construyó sobre la negación de las culturas indígenas,³²³ sino además porque la diversidad de pueblos y tradiciones indígenas requiere que se expongan las costumbres particulares de cada pueblo o comunidad.

El primer Relator Especial de la Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo

(énfasis y subrayados en el original).

320 Resolución del 18 de mayo de 2010 en expediente “Asociación Comunitaria Aborigen Chaco s/ Acción autónoma de nulidad en autos: ‘Gersel, Antonio Ceferino c/ Provincia del Chaco s/ Demanda contencioso administrativa”.

321 Corte I.D.H. en “Yakye Axa”, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 63.

322 *Idem*, párr. 51.

323 “La República Argentina se constituyó como Estado-Nación sobre la base de la negación de las raíces históricas americanas, la sujeción de sus ocupantes originarios y la usurpación de sus territorios”, señala un documento oficial, el Decreto 1086/2005 que aprueba el “Plan Nacional contra la Discriminación” (B.O. N° 30.747 del 27/9/2005, pág. 69).

Stavenhagen, en su informe sobre la discriminación a los Pueblos Indígenas por parte de la administración de justicia ha recomendado que: *“Los funcionarios de la administración de justicia deberían recibir formación intercultural permanente. Los funcionarios de los órganos judiciales deben conocer a los grupos indígenas de su zona. (...) La discriminación contra los pueblos indígenas (así como otras minorías de todo tipo) es muy común. Aunque suele estar relacionada con los prejuicios personales y las actitudes subjetivas de jueces, magistrados, abogados, fiscales y funcionarios del Estado, esa discriminación se debe principalmente al rechazo sistemático de las culturas e identidades indígenas. La administración de justicia no hace sino expresar los valores dominantes de una sociedad, y cuando son contrarios a los pueblos indígenas (que es lo más frecuente), se reflejan en los tribunales”*.³²⁴

No es un descubrimiento actual el conocer que los jueces participan de los valores e ideas de la cultura dominante. En una obra ya clásica el filósofo del derecho Alf Ross hacía notar que *“el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómata, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural”*, de allí que *“la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos ‘razón’ o ‘consideraciones prácticas’ es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa”*.³²⁵

Lo que hoy es “novedoso”, visto desde la monoculturalidad jurídica, es que en un Estado intercultural esta *tradición* del juez no puede ser la única admisible. La prueba de las pautas propias de las culturas indígenas constituye, por ello, un paso esencial en cualquier proceso que se relacione con ellas, ya que lo contrario implicaría pretender que sólo la cultura hegemónica en la que participan los funcionarios es relevante para la resolución del caso.

Dada la amplitud de situaciones que debe abarcar,³²⁶ el Convenio 169 deja a los derechos nacionales que establezcan los medios de prueba necesarios para incorporar el conocimiento de las costumbres y el derecho consuetudinario indígenas. Pero ello no significa que en ausencia de legislación la norma no sea directamente operativa. La Corte Suprema, previamente a la reforma constitucional, ya había dicho que *“la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un*

324 Documento de la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones E/CN.4/2004/80, 26 de enero de 2004, párrafos 39 y 43.

325 Ross, Alf; *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, págs. 96 y 97.

326 Sobre la aplicación del Convenio a las circunstancias de cada país, ver comentario al artículo 34.

*eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”, y que “entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”.*³²⁷ Con mucha anterioridad y en un fallo histórico dictado hace medio siglo ya la Corte había establecido que las garantías existen y protegen “*por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*”.³²⁸

En consecuencia, si las normas de procedimientos judiciales o administrativos no han establecido las pautas probatorias para receptar el conocimiento del derecho propio indígena, o tales pautas no se hallan adecuadas al Convenio, deberán los magistrados y funcionarios a cargo proveer lo necesario para el cumplimiento de esa obligación estatal, aún sin requerimiento de parte. Lo más sencillo suele ser la realización de pericias antropológicas, ya que se trata de la disciplina profesional más apta para esa finalidad, pero también puede recurrirse a las personas que los propios pueblos indígenas han legitimado para ello por sus conocimientos de la cultura. Lo que resulta claro es que la ausencia de constancias que den cuenta de las propias pautas normativas de la cultura indígena constituye una violación a la garantía del debido proceso.

La autonomía jurídica

En la redacción del Convenio hubo coincidencias en ampliar el ámbito del derecho propio indígena, aceptándose la propuesta argentina de suprimir el aditamento “siempre que sea posible”.³²⁹ El derecho de los pueblos indígenas a mantener sus instituciones y costumbres significa que sus relaciones internas se rigen por sus propias normas, incluso en aquellos ámbitos, como el derecho de familia, que la legislación civil regula con carácter de orden público.

Como el Convenio 107 decía “podrán mantener sus propias costumbres e instituciones”, el cambio de redacción significa que el estado debe detenerse en aplicar sus propias normas en contra de las instituciones de los pueblos indígenas. El actual reconocimiento como “derecho” descarta que la retención de las instituciones propias se considere un privilegio atentatorio de la igualdad ante la ley. La igualdad

327 Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ekmekdjian” (1992), Fallos: 315:1492

328 C.S.J.N. en “Siri” (1957), Fallos: 239:459.

329 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 39.

entre pueblos exige que cada uno mantenga el derecho a su propia vida cultural y no sea obligado a disolverse en la cultura dominante.³³⁰

La norma está orientada al respeto de los propios modos de convivencia social indígena y por eso la garantía abarca también los nombres de personas y lugares.³³¹ El derecho a las instituciones se vincula al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural establecido en la Constitución y obliga a respetar todas las formas organizativas propias que los pueblos indígenas se hayan dado. Si bien la principal de estas formas es la *comunidad* (y como tal ésta aparece en el texto constitucional y definida en la ley 23.302) la obligación estatal no está limitada sólo a la aceptación de las comunidades sino que abarca todas las realidades que el “pluralismo asociativo indígena”³³² haya establecido, incluyendo organizaciones de pueblos, asociaciones comunitarias urbanas, federaciones y confederaciones, etc.

La única condición para la aplicación del derecho, costumbre e instituciones indígenas se encuentra en que éstos “no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Como el Convenio 107 decía “incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”, de la modificación resulta claro que en lo que respecta al sistema jurídico nacional la incompatibilidad es sólo respecto de los “derechos fundamentales” y no del resto del ordenamiento jurídico,³³³ que debe ceder en beneficio de las instituciones indígenas. Estas, por su parte, al igual que los estados, deben respetar los derechos humanos individuales y colectivos reconocidos internacionalmente. La O.I.T. aclara que esta disposición “*establece un criterio de exclusión acumulativo: las costumbres deben ser incompatibles tanto con (a) la legislación nacional como con (b) las disposiciones de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En consecuencia, no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas*”.³³⁴

Los derechos humanos internacionalmente reconocidos constituyen el umbral mínimo que debe respetar toda cultura. El sistema jurídico indígena tiene prioridad sobre el derecho estatal siempre que no transgreda los derechos

330 Ver en la Introducción “La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos”.

331 En la Convención Marco Europea para la Protección de las Minorías Nacionales el respeto a los nombres propios de personas y lugares en el lenguaje de la minoría nacional está expresamente mencionado en el artículo 11.

332 La expresión es de Bidart Campos.

333 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 39 y 40 (aclaración de E.E.U.U.).

334 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 82.

fundamentales que, por encima de aquellos estándares internacionales mínimos, define el sistema jurídico nacional. En nuestro caso se trata de los derechos individuales garantizados por la Constitución, incluidos aquellos que se establecen en los pactos a que el país se encuentra obligado. El “sistema jurídico nacional” es un concepto más restringido que el de “derecho nacional”, ya que este último considera las leyes particulares, y en tal caso el derecho indígena resultaría siempre incompatible y el tratado carecería de efecto útil.³³⁵ Obviamente se trata de los derechos de individuos o grupos, no del “derecho” del estado a controlar. El artículo 34 de la Declaración aclara debidamente que el derecho de conservar y regirse por sus propias normas se realiza “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

¿En qué consiste la “incompatibilidad” y quién la decide? Estos son los aspectos más controvertidos de la cuestión, que motivaron la obligación de establecer “procedimientos” especiales para atenderlos (última parte del segundo párrafo). Los representantes indígenas expresaron que dicha exigencia consistía en una “*autorización al genocidio cultural y permite políticas asimilacionistas. El derecho internacional debería formularse desde la perspectiva tanto de los pueblos indígenas como de los Estados*”.³³⁶

Si bien es innegable que una interpretación restrictiva permite el “patronazgo” valorativo de la cultura hegemónica,³³⁷ ello sería incongruente con el espíritu del Convenio. El antecedente de la norma (formulada con mayor amplitud a favor de los estados en el artículo 7 del Convenio 107) había sido fundamentado por la O.I.T. en que sólo tenía el propósito de excluir “prácticas aberrantes”.³³⁸ Lo mismo sostiene ahora dicha organización: “*no pueden justificarse las costumbres indígenas si trasgreden los derechos humanos fundamentales*”.³³⁹

La última frase del segundo párrafo del artículo establece con claridad que los conflictos que se produzcan entre el derecho indígena y el derecho estatal no pueden ser decididos unilateralmente por el Estado, sino que su solución debe establecerse mediante procedimientos con participación indígena.³⁴⁰ Tales procedimientos habrán de realizarse y ejecutarse de buena fe y con la voluntad de llegar a un acuerdo (artículo 6 del Convenio). El carácter subsidiario del control internacional de los derechos humanos obliga a que este tipo de conflictos sean resueltos en el marco de los estados.

335 Bennet; Aboriginal Rights, págs. 20-21, citado en Thornberry, *International Law...*, pág. 350.

336 O.I.T., Revisión..., Informe IV (2A), pág. 26.

337 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 424.

338 Thornberry, *International Law...*, pág. 351.

339 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 82.

340 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 111 e Informe VI (2), pág. 41.

Derechos ciudadanos

El último párrafo del artículo constituye otra norma antidiscriminatoria, similar a la del artículo 4 del Convenio. Los miembros de los pueblos indígenas no sólo tienen el derecho de disfrutar de sus propias instituciones, sino que además, en lo que se refiere a la participación ciudadana, no pueden tener menos derecho que el resto de la población. Se elimina el párrafo paternalista del Convenio 107 que subordinaba ello a “su capacidad individual” sugiriendo una minusvalía indígena. La última parte del artículo 33.1 de la Declaración reconoce la misma garantía.

“Los derechos reconocidos” son tanto los derechos de ciudadanía como las normas de derechos humanos y todas las otras que el ordenamiento estatal reconozca con generalidad.³⁴¹ Las “obligaciones” mencionadas son los deberes (*duties*) ciudadanos, con las limitaciones establecidas en el Convenio. Sin embargo, por las diferencias culturales puede haber deberes que resulten más onerosos para los pueblos indígenas de lo que lo son para el resto de los ciudadanos, como por ejemplo el servicio militar,³⁴² y en estos casos las conductas debidas deben adecuarse a una carga igualitaria.

341 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 42.

342 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 63.

Costumbres indígenas y derecho penal

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 recurren 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Artículo 33.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

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.

Artículo 35.

Los pueblos indígenas tiene derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

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.

Las sanciones y la composición comunitarias³⁴³

Muchos pueblos indígenas continúan aplicando sus métodos tradicionales para resolver los conflictos o faltas entre sus miembros,³⁴⁴ alcanzando incluso a conductas que para el derecho de Estado figuran en el código penal como delitos. Tanto el texto del Convenio como el de la Declaración, en su artículo 35, aluden al tema especialmente, reconociéndose el derecho a mantener dichos sistemas. Se trata de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación, que incluye el mantenimiento de las propias instituciones y modos de resolución de conflictos.

La primera parte del artículo del Convenio se refiere a los conflictos internos entre miembros de pueblos indígenas y es de aplicación directa aún cuando no

343 Se trata de uno de los pocos temas relacionados con los pueblos indígenas que han sido trabajados en extenso por la doctrina jurídica. Entre la bibliografía que puede consultarse cabe citar: "Justicia penal y comunidades indígenas", Revista *Pena y Estado*, año 4 número 4, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999; Ramírez, Silvina; *Justicia Indígena: El desafío de la construcción de un estado pluricultural*, Inecip, Buenos Aires, 2001; Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.); *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano – Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México DF, 1990; Wray, Alberto y otros; *Derecho, pueblos indígenas y reforma del estado*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993; Becerra, Nicolás; *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; AAVV, *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009.

344 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 84.

haya sido reglamentada. Ante la prueba de que en el caso se han aplicado -o la comunidad desea aplicar- métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del Estado deben abstenerse de actuar.

Para la comprensión del derecho indígena, es imprescindible destacar que la división existente en el derecho occidental entre derecho penal (público) y derecho civil (privado) no es fácilmente adaptable a las organizaciones sociales no estatales como las indígenas. La concepción penal occidental moderna se forma conjuntamente con el nacimiento de los estados, asumiendo que hay conductas antisociales que ofenden directamente a la autoridad pública de modo que ésta debe intervenir castigando a los autores, independientemente de la voluntad de las víctimas particulares.³⁴⁵ Por ello, las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá.³⁴⁶ Lo que en el sistema penal de Estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria).

Estas mismas consideraciones llevaron a eliminar del texto los términos “métodos de control social” que mencionaba el Convenio 107. La concepción del derecho como una técnica de *control* social presupone la existencia de la organización estatal y no se adapta a sistemas jurídicos con distribución horizontal de la autoridad. Se mantiene, sin embargo, la idea de “represión de los delitos” que es igualmente de difícil adaptación al contexto indígena aunque el texto auténtico en inglés (“*dealing with offences*”) parece más adecuado.

La delegación del régimen militar de Chile cuestionó duramente la norma considerando que se violaba la igualdad ante la ley al sustraer a determinados ciudadanos de la legislación penal común. Este punto de vista ignora que la igualdad ante la ley requiere igual aplicación en iguales circunstancias, por lo que la crítica implícitamente niega el derecho a la diversidad cultural al disolver las diferencias en un inexistente contexto homogéneo (que en realidad corresponde a una cultura particular, mayoritaria). Como dice Bidart Campos, “*nada hay más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que*

345 Hobbes, Thomas (1651); *Leviatán* (capítulo XXVII), Sarpe, Madrid, 1983, T. I, págs. 293 y sgtes.

346 Posner, Richard A.; *Overcomenig Law*, Harvard University Press, Cambridge MS, 1996, pág. 312 (Ch. 14 “Postmodern Medieval Iceland”).

*derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento- configura la identidad de una o más personas”.*³⁴⁷

El límite a la aplicación de las prácticas indígenas en la resolución de sus conflictos internos se encuentra en su compatibilidad “con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. El texto crea dificultades interpretativas ya que el artículo 8 asegura el respeto de las instituciones y costumbres propias en tanto respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”, y a primera vista el artículo 9 parecería ser más restrictivo por cuanto exige compatibilidad “con el sistema jurídico nacional” para la aplicación de las normas indígenas propias.

Sin embargo, los antecedentes de la norma muestran que se trata de un caso particular de aplicación del artículo 8. Además de señalarse que las diferencias entre ámbitos que en la sociedad hegemónica se establecen entre el derecho civil y el penal no son iguales en las organizaciones sociales indígenas, hay que aclarar que la comisión redactora entendió que los límites a la aplicación del derecho indígena en el artículo 9 eran los mismos señalados en el artículo anterior.³⁴⁸ De igual modo, el artículo 34 de la Declaración engloba todo el derecho a mantener los sistemas jurídicos propios “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

El origen de un tratamiento especial en las cuestiones penales se encuentra en la técnica empleada para redactar el Convenio 169 sobre la base del texto del Convenio 107, modificando artículo por artículo. En el texto anterior el artículo 7 (origen del actual 8) era muy débil en el resguardo de las instituciones jurídicas indígenas ya que no establecía el derecho a que éstas se respetaran y sólo se refería a que tales instituciones *podrían* conservarse. En cambio, el artículo 8 del Convenio 107 (origen del actual artículo 9) establecía el “derecho” de los pueblos indígenas (aunque con limitaciones) a utilizar sus propios “métodos de control”. De suponerse que el actual artículo 9 impone actualmente mayores limitaciones para la aplicación del derecho indígena que el artículo 8, se llegaría a la conclusión de que el Convenio 169 revirtió la relación entre ambas normas del Convenio 107, consecuencia que no se halla en ninguna de las discusiones que llevaron a la redacción del Convenio y que incluso contradice el punto de vista de la comisión redactora, que expresa que los límites del artículo 9 son iguales a los del artículo 8.³⁴⁹ Por otra parte, es

347 Bidart Campos, Germán; “Los derechos de los ‘pueblos indígenas argentinos’”, La Ley 1996-B, Sec. Doctrina, pág. 1206.

348 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág.29.

349 *Idem*.

claro que el Convenio 169 implica mayor protección a los derechos de los pueblos indígenas que el anterior Convenio 107.³⁵⁰

Además, en el proyecto original figuraba la expresión “ordenamiento jurídico nacional” y el término “ordenamiento” se modificó por el de “sistema”, precisamente para evitar que se requiriera compatibilidad con todas y cada una de las normas del derecho estatal, lo que haría inaplicable el artículo. Dicha modificación refuerza que no hay diferencias con los límites establecidos en este artículo y en el artículo 8, de modo que la coherencia que se exige es “con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”. Suponer que la “compatibilidad” implica que la autonomía jurídica de los pueblos indígenas sólo puede realizarse en tanto ello no contradiga ninguna norma del ordenamiento jurídico, llevaría a hacer inócuo el artículo y de aplicación imposible, ya que lo que caracteriza al derecho indígena y que motiva la norma es precisamente su distancia con el derecho estatal. Como el principio del “efecto útil” que rige la interpretación de los tratados (artículo 31 de las Convenciones de Viena), implica que éstos deben ser aplicados en el sentido a través del cual tengan efectos, no en el sentido de que no produzcan ninguno, es claro que los límites impuestos a la aplicación del derecho propio indígena son los mismos que se mencionan en el artículo 8. En la misma dirección, también se eliminó, con el explícito aval argentino, la exigencia de compatibilidad “con los intereses de la colectividad nacional” que figuraba en el Convenio 107.

En relación a la aplicación de las normas de derechos humanos que garantizan los derechos del imputado en los procesos penales, debe entenderse que éstas están concebidas para un sistema penal de represión a individuos por el Estado y que algunas (como -por ejemplo- la garantía de la doble instancia) pueden no tener sentido en contextos de composición colectiva de derechos.

Conflictos entre el derecho indígena y el derecho estatal

Estos conflictos deben solucionarse de acuerdo al segundo párrafo del artículo 8, mediante procedimientos que contemplen la participación indígena. Dado que el tratado constituye “ley suprema de la Nación” (artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), las normas de menor rango, entre ellas los Códigos Penal, Civil y de Procedimientos, no pueden ser aplicados si entran en contradicción con el derecho indígena garantizado en el Convenio. Al respecto, Thornberry explica que “*El respeto por la legislación nacional establecido en el tratado implica algunas preguntas. ¿Qué sucede si la legislación nacional no respeta los derechos de los*

350 Thornberry; *Indigenous Peoples...*, pág. 355.

*miembros de las minorías? Están los miembros del grupo obligados a ‘respetar’ cuando otros no lo están? Los derechos del Convenio nunca deben ser vistos como condicionados al respeto de la legislación nacional’.*³⁵¹

Como los conflictos con el derecho estatal pueden ser numerosos, la definición de las reglas de solución puede requerir normas especiales innovadoras que deberán adoptarse mediante procedimientos participativos, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 8 y en el artículo 6. El artículo 40 de la Declaración plantea la necesidad de “procedimientos equitativos y justos”, en los cuales se tendrán debidamente en consideración las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, así como las normas internacionales de derechos humanos.

Además, por tratarse de un derecho y no de una imposición, los pueblos indígenas pueden renunciar a la aplicación de sus propios procedimientos, ya sea con carácter general o en casos particulares (en tanto ello no implique violación a la igualdad entre sus miembros), lo que podría suceder, por ejemplo, si la propia organización indígena no se considera suficientemente consolidada como para asumir dichas responsabilidades debido a que la pérdida de autonomía provocada por la hegemonía estatal erosionó los propios sistemas. Por ello, es posible prever formas transicionales, entre las cuales la institución penal de la “suspensión del proceso a prueba” (artículo 76 bis C.P.) puede jugar un papel importante ya que está animada de una tendencia a la composición más afín a las culturas indígenas que la preferencia por el castigo del derecho penal clásico.³⁵²

Tener en cuenta las costumbres

El segundo párrafo, que obliga a “tener en cuenta las costumbres” indígenas en las cuestiones penales se aplica tanto a los casos internos de una comunidad que no caigan dentro del párrafo anterior, como a todos los demás supuestos en que concurren miembros de los pueblos indígenas (ya sea como imputados, como víctimas o como querellantes). Si bien el párrafo se refiere a las costumbres en materia penal (“*in regard to penal matters*”), ello no implica dejar de tener en cuenta el conjunto de la cultura indígena, no sólo por aplicación del artículo 8, sino porque además la división del derecho en ramas (penal, civil, etc.) no suele encontrar equivalentes en las culturas indígenas.

Al respecto, sostiene Becerra que la primera consecuencia “*del*

351 *Idem*, pág. 314.

352 Becerra, *Derecho penal...*, pág. 34.

reconocimiento 'jurisdiccional' de la diversidad cultural es que ella pase a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal".³⁵³ De allí que, tanto la teoría del delito como las penas deben adecuarse a los parámetros que impone el reconocimiento de la diversidad cultural. En tal sentido, soluciones conocidas en la dogmática como la adecuación social del tipo, el error culturalmente condicionado³⁵⁴ y la "no exigibilidad" de otra conducta, pueden constituir herramientas teóricas que permitan abrir el pensamiento penal a la realidad propia de los pueblos indígenas.³⁵⁵ La cuestión no resulta en absoluto meramente académica, si se tiene en cuenta que en muchas regiones del país los miembros de los pueblos indígenas se cuentan entre los sectores de mayor vulnerabilidad social, afectados por la conocida selectividad del sistema penal.

En todos los casos, la autoridad estatal (que incluye policías, fiscales, defensores y jueces) debe considerar aún de oficio las costumbres indígenas. Ello no le obliga directamente a emplearlas, pero en virtud del artículo 8, la falta de aplicación de dichas normas debe ser debidamente fundamentada. Dado que, no se presume que los funcionarios estatales conozcan las costumbres indígenas, se impone que -prácticamente en todos los casos- se requieran informes brindados por las autoridades de cada pueblo o pericias antropológicas. La omisión de producir esta prueba debe conducir a la imposibilidad de continuar el proceso o a la nulidad de los actos realizados sin ella,³⁵⁶ salvo en supuestos incontrovertidos de conocimiento público.³⁵⁷

El comité de expertos de la O.I.T., al exigir a los estados información sobre los "*mecanismos para tener en cuenta las costumbres indígenas en materias penales*", requiere implícitamente la existencia de normas generales del Estado para la aplicación del párrafo comentado.³⁵⁸

353 *Idem*, pág. 17.

354 Sentencia del Juzgado Penal de Zapala, Neuquén, 11/12/1979. *El Derecho*, tomo 163 pág. 447 (con nota de Eulogio Frites).

355 *Idem*, pág. 24.

356 Se aplica lo expuesto en el comentario al artículo 8 del Convenio, "La prueba de las costumbres o el derecho consuetudinario en los procedimientos judiciales o administrativos".

357 En igual sentido se hallan las recomendaciones del "I Seminario Taller: Cultura y Derecho Penal", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (14 y 15 de noviembre de 1997). Publicado en *Revista Pena y Estado*, Número 4, pág. 213.

358 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia informe de 1994, págs. 17 y 44.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Sanciones penales. 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.

Ejecución penal

El Manual de la O.I.T. indica que: *“El encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. (...) Lo antedicho subraya la necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito”*.³⁵⁹

La norma se deriva del principio de no discriminación. Dado que las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural. *“El daño de la cárcel en un marco de diversidad cultural es enorme”* dice Becerra, quien propone alternativas como *“trabajo comunitario, reparación a la víctima, multa, arresto domiciliario”*.³⁶⁰ En virtud de ello, las organizaciones

359 O.I.T., *Un manual...*, pág. 27.

360 Becerra, *Derecho penal...*, pág. 35.

indígenas reclamaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que *“individuos pertenecientes a grupos étnicos guarden reclusión en condiciones y lugares que no signifiquen una modificación sustancial de sus condiciones naturales de vida sin que pierda dicha sanción su carácter punitivo”*.³⁶¹ En el mismo sentido, aunque con un carácter más general, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a tratos crueles, inhumanos y degradantes.³⁶²

El término “sanciones penales” incluye también las medidas de seguridad adoptadas durante el proceso (como la prisión preventiva) ya que no puede concebirse que éstas lleguen a resultar más gravosas que las condenas. Por ello mismo, la norma se extiende incluso a medidas de seguridad que no son tomadas en procesos penales, como las adoptadas con niños y adolescentes. El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el estado protegerá y asistirá a los niños privados de su medio familiar prestando “particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

El artículo comentado obliga a interpretar la legislación nacional respetando y protegiendo la integridad de la cultura, valores e instituciones indígenas (artículo 5 del Convenio), e incluso declarando inaplicable la legislación nacional o local si ella implica discriminación en el caso concreto, lo que ocurre cuando la sanción conlleva la pérdida de identidad del individuo confinado (sea por alejamiento del medio cultural propio, adopción de pautas institucionales extrañas o discontinuidad religiosa o lingüística) o *“peligro de perturbar la vida comunitaria”*.³⁶³ También deben considerarse las características económicas. Aunque en los trabajos preparatorios se menciona únicamente como ejemplo la menor capacidad de pagar multas, dado el carácter fuertemente comunitario de la identidad indígena, entre tales condicionamientos deben tenerse en cuenta las posibilidades del grupo familiar o étnico de mantener un contacto permanente.

En su Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial citó especialmente la norma comentada como ajustada a la supresión de la discriminación racial. Expresó además el Comité, que las instituciones penitenciarias *“deberían contar con*

361 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 64.

362 Observación General N° 7 (1982).

363 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 30. El nuevo artículo elimina toda referencia al “grado de evolución cultural” que mencionaba el Convenio 107, revirtiendo el carácter etnocéntrico de la norma anterior.

*personal experimentado en materia de discriminación racial y con un conocimiento apropiado de los problemas de los grupos raciales y étnicos y de los otros grupos vulnerables mencionados en el último párrafo del preámbulo”, entre los que se encuentran mencionados los pueblos indígenas. Igualmente, los estados deberían hacer todo lo posible para que las mujeres y los niños “se beneficien del régimen especial de ejecución de la pena al que tienen derecho, teniendo en cuenta las dificultades especiales con que se enfrentan las madres de familia y las mujeres que pertenecen a ciertas comunidades, especialmente las comunidades indígenas”.*³⁶⁴

364 Recomendación general XXXI (2005), párrafos 36, 39 y 41.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Servicios personales. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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 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.

Prohibición de esclavitud y servidumbre

Este artículo, referido a situaciones de imposición de servidumbre, individual o colectiva *“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".³⁶⁵ A fin de aclarar que la norma no constituye una extensión de la anterior ideología del Convenio 107, en el proceso de redacción se expuso que las medidas de protección a grupos vulnerables no implican la idea de que son inferiores.³⁶⁶

La norma incluye indígenas urbanos y niños, así como la aplicación de la ley laboral. Las condiciones de contratación y empleo, la prohibición de la servidumbre por deudas (artículo 20 del Convenio) y las prohibiciones al sometimiento de la mujer y al trabajo infantil complementan este artículo.³⁶⁷

En la preparación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las organizaciones de estos pueblos consideraron que debía hacerse *"mención expresa de la prohibición de dichas prácticas y otras similares en el nuevo instrumento, particularmente en lo que atañe a la mujer indígena, quien además es sujeto de abuso sexual, en lo referente al despojo de tierras y derechos de las poblaciones indígenas y en los traslados forzados de dichos Pueblos con el pretexto de realizar obras como hidroeléctricas u otras obras turísticas y públicas, las cuales son formas de esclavitud disimulada que el Estado debe evitar, añadiendo que previamente a que un indígena ingrese a un trabajo, se le debe proveer de información sobre sus derechos laborales y además recibir un salario justo"*.³⁶⁸

La prohibición de esclavitud y servidumbre también se encuentran en los Convenios 29 (1930) y 105 (1957) de la O.I.T. y en los artículos 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos textos se establecen las excepciones: Trabajos de los condenados, servicio militar, servicios en casos de calamidad o urgencia y obligaciones cívicas normales. Sin embargo, en relación a los pueblos indígenas tales excepciones no pueden ser utilizadas para perjudicar el mantenimiento de la sociedad indígena como entidad cultural diferente, lo cual debe ser especialmente tenido en cuenta en los casos de encarcelamiento (artículo 10 del Convenio) y servicio militar.

La imposición puede ser por parte de patrones, terratenientes o funcionarios. Es un deber del Estado establecer sanciones legales (como las del artículo 140 del código penal, que reprime la reducción a servidumbre u otra condición análoga).

365 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 12.

366 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 45.

367 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 44.

368 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 50.

Sin embargo, la obligación del Estado es más amplia que la norma penal, ya que abarca situaciones de endeudamiento crónico, por lo que entre las sanciones se encuentra la nulidad de las cláusulas contractuales que involucren situaciones de este tipo³⁶⁹ y que deben ser declaradas en sede judicial aún en ausencia de norma reglamentaria. El deber del Estado no está limitado a la no adopción de medidas que impliquen servicios personales de los miembros de los pueblos indígenas, sino también a prevenirlas, investigarlas, imponer las sanciones y asegurar adecuada reparación a las víctimas, ya que estas son las obligaciones generales en materia de derechos humanos.³⁷⁰

Trabajos comunales

Con respecto a la costumbre indígena de realización obligatoria de tareas comunales, desde siempre se entendió que tales tareas están excluidas de la prohibición: el artículo 2 del Convenio 29 (1930) sobre trabajos forzados establece la excepción de *“los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos”*.³⁷¹ En el mismo sentido se pronunciaron las organizaciones indígenas al tratar una norma similar en el proyecto de Declaración Americana: *“De igual forma, debe quedar asentado que el trabajo colectivo llamado ‘Tequia’ o ‘faena’ en ningún momento constituye un trabajo forzado, en virtud de ser ejecutado en base a un acuerdo tomado en asamblea a través de un consenso y de acuerdo a los usos y costumbres indígenas”*.³⁷²

369 Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Bolivia, informe de 1994, pág. 17.

370 Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988 (Nros. 174 y siguientes).

371 *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 44.

372 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 50.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Protección judicial. 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 fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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 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.

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 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.

Artículo 46.

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.

Recurso judicial efectivo y justicias provinciales

El Convenio 169 establece la protección judicial de todos los derechos indígenas, tanto de los establecidos en el Convenio como de los que resulten de la Declaración, la Constitución, otros pactos o leyes internas (artículo 35 del Convenio), incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales.³⁷³ La protección judicial efectiva comprende el acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo (artículo 25 de la Convención Americana) y todos los derechos relacionados al debido proceso, como la garantía de juez o tribunal imparcial, derecho a producir y controlar la prueba y a obtener una decisión fundada y razonable. De allí que, el Comité de Expertos de la O.I.T. requiera de los estados que informen acerca del cumplimiento

373 Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998).

del Convenio por los tribunales nacionales.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la protección de los derechos debe realizarse mediante recursos *adecuados y efectivos*. “*Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. (...) Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*”.³⁷⁴

El amparo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional es habitualmente la vía adecuada para la protección de los derechos de los pueblos indígenas ya que en general no existen medios judiciales más idóneos, en tanto las leyes procesales son previas al reconocimiento de la preexistencia indígena y no contienen mecanismos adecuados a la diversidad cultural y al principio de igualdad entre pueblos.³⁷⁵ La Corte Suprema, al revocar la decisión de la justicia de Salta que había denegado el amparo interpuesto por la Comunidad Eben Ezer, luego de citar el fallo “Yakye Axa” en el que la Corte Interamericana indicaba la especial protección que debía prestarse al mantenimiento de la cultura de los pueblos indígenas, señaló que “*La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la ‘protección judicial’ prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar ‘ilusorios o inefectivos’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31-8-2001, Serie C n° 79, párr. 134, sus citas y otros)*”.³⁷⁶

Los derechos de los pueblos indígenas, establecidos en la Constitución Nacional y en el derecho internacional, son parte de “la ley suprema de la Nación”, de conformidad con el artículo 31 de la Constitución, de modo que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”. Además, en virtud del artículo 27 de las Convenciones de Viena, un Estado parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Resulta necesario recalcar estos principios básicos del derecho público, ya que la realidad indica que las administraciones y los poderes legislativos y judiciales de provincias son reacios a aplicar y reconocer los derechos

374 Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos. 64 y 66.

375 Ver comentario al artículo 8 del Convenio.

376 Fallos: 331:2119 (2008).

de los pueblos indígenas asentados en los territorios provinciales.

Esta grave situación ha sido señalada por la O.I.T. y demás organismos internacionales de control de la aplicación de los tratados de derechos humanos. Ante las explicaciones dadas por el Estado argentino relativas a que las disposiciones fundamentales del Convenio encontraban obstáculos para hacerse efectivas en las provincias, dada la estructura federal, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. le indicó a las autoridades argentinas que *“se entiende que las provincias pueden concurrir en el desarrollo jurídico del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, siempre sobre el reconocimiento del núcleo mínimo de derechos que establece la Constitución Nacional y teniendo presente que, en la legislación argentina, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes”*.³⁷⁷ También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su *seria preocupación* al observar que seis provincias se han negado a aceptar la aplicación de la legislación nacional que impide los desalojos de pueblos indígenas.³⁷⁸ Por su parte, el Comité de Derechos Humanos le ha observado al Estado Argentino *“con preocupación, que, debido al sistema federal de gobierno, muchos de los derechos enunciados en el Pacto no se protegen de manera uniforme en todo el territorio nacional”*.³⁷⁹

La Corte Suprema de Justicia, en las oportunidades en que le tocó entender ante las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas por parte de los estados provinciales, ha sido clara en cuanto a la aplicación en todo el país de las normas que los garantizan. En el caso “Fermin”,³⁸⁰ aún sin tratarse de sentencia definitiva, la Corte admitió el recurso extraordinario entendiendo que la resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut había *“frustrado una vía apta para el reconocimiento de los derechos invocados, con menoscabo de la garantía de la defensa en juicio reconocida en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 322:1526; 321:1592, 1741; 313:215, entre otros)”* por cuanto *“con fundamento aparente, que reconoce como eje un aspecto formal de la ley local ritual –sentencia definitiva-, se ha impedido el debate ante una instancia superior de cuestiones federales, que versan sobre: las formas sustanciales del enjuiciamiento criminal... y el derecho de las comunidades indígenas sobre las tierras que tradicionalmente*

377 O.I.T., Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007. Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, pág. 595.

378 CERD, Examen..., párrafo 20. El Comité menciona a las provincias de Salta, Formosa, Jujuy, Tucumán, Chaco y Neuquén.

379 CDH, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales al informe de Argentina. 98ª período de sesiones (marzo de 2010), párrafo 8.

380 Fallos: 331:1664 (2008).

*han ocupado –art. 75, inc. 17 de la C.N. y Convenio 269 de la OIT”.*³⁸¹

En el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro (Provincia del Chaco”, la Corte Suprema, sin pronunciarse sobre su competencia originaria y por las razones de urgencia, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó al Gobierno Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro a las comunidades de agua potable y alimentos, y comunicación y transporte adecuados a los puestos sanitarios.³⁸²

En el caso “Salas”, la Corte ordenó a la Provincia de Salta, como medida cautelar, el cese de los desmontes solicitados por los representantes indígenas.³⁸³ La Corte también había admitido las quejas interpuestas contra denegatorias de recursos extraordinarios, y ordenado a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta el dictado de nuevas sentencias en amparos interpuestos por comunidades indígenas de esa provincia.³⁸⁴

En los casos “Lof Casiano”³⁸⁵ y “Confederación Indígena Neuquina”³⁸⁶ la Corte anuló por arbitrariedad las sentencias de los Superiores Tribunales de Río Negro y Neuquén, respectivamente, que habían rechazado los reclamos indígenas en base a razones formales.

Estos fallos, cuyo análisis corresponde realizar en el comentario a los artículos del Convenio que tratan los temas resueltos, muestran el énfasis puesto por la Corte Suprema en la protección de derechos constitucionales que muchas jurisdicciones locales han descuidado. Las claras directrices de la Corte *“constituyen lineamientos señeros que tanto los tribunales inferiores como los organismos públicos han de respetar a fin de asegurar una tutela administrativa y judicial inmediata a tan loables derechos vinculados con la esencia de la dignidad humana de máxima protección institucional”.*³⁸⁷

Legitimación colectiva

La norma establece que las organizaciones representativas pueden iniciar

381 Del dictamen del procurador que la Corte hace suyo en el fallo.

382 Fallos: 330:4134 (2007).

383 Fallos: 331-2925 (2008).

384 “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi” (2002), Fallos: 325:1744 y (2003) 326:3258, y “Comunidad Eben Ezer”(2008), Fallos: 331:2119.

385 Fallos: 331:1660 (2008).

386 Fallos: 332:1338 (2009).

387 Chiacchiera Castro, *La Cuestión Indígena...*, pág. 100.

los procedimientos legales de protección. Esta legitimación colectiva de las organizaciones indígenas para la defensa de los derechos individuales y colectivos no estaba en el proyecto.³⁸⁸ Sin embargo, a partir de reconocerse que “*la violación de cualquier derecho es una afrenta*” común a los pueblos indígenas³⁸⁹ ya que en un contexto de desigualdad entre culturas la violación de los derechos de un miembro del pueblo afecta a todo el grupo,³⁹⁰ se establece la legitimación colectiva para actuar incluso en defensa de los derechos individuales de sus miembros. Por esa razón, el artículo instituye a *los pueblos* como los primeros sujetos de derechos, a diferencia del Convenio 107 que mencionaba sólo a *las personas*.

Dado que el interés común no es la suma o agregación de intereses individuales, en los casos de violaciones de derechos que son de incidencia colectiva, los *organismos representativos* no están limitados a las organizaciones comunitarias, federaciones o confederaciones. Por el artículo 43 de la Constitución están también legitimadas las organizaciones indígenas de integración voluntaria, aunque no asuman representatividad. La Corte ha manifestado que esta norma “*reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva*”.³⁹¹

La legitimación de las representaciones de los pueblos indígenas es un derivado lógico de su reconocimiento colectivo como *pueblos*. La norma del artículo 12 del Convenio no hace más que volcarla expresamente. Con fundamento en el Pacto de San José de Costa Rica la han admitido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidades Indígenas Maya”³⁹², y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam”.³⁹³ Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en el caso “Comunidad Judía de Oslo vs. Noruega” reconoció expresamente el carácter colectivo de “víctima” de las minorías étnicas y su posibilidad de representación común.³⁹⁴

388 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 31.

389 *Idem*, pág. 30.

390 Ver comentario al artículo 3 respecto de los derechos colectivos.

391 Caso “Asociación Benghalensis” (2000), Fallos 323:1352 (por los fundamentos del Procurador General).

392 Caso 12.053, Informe N° 78/00 del 5 de octubre de 2000.

393 Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

394 Comunicación N° 30/2003, dictamen del 15 de agosto de 2005.

Encuestiones ambientales, que incluyen a las relacionadas con la preservación de la cultura,³⁹⁵ los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones, se encuentran legitimados para requerir la recomposición del ambiente dañado, la indemnización y el cese de las actividades generadoras de daño ambiental (artículo 30 de la Ley 25.675). La vía del amparo, según resolvió la Corte, es adecuada para atacar los actos administrativos que autorizan actividades que puedan causar daños al medio ambiente, cuando no se respetan los procedimientos exigidos por la legislación (en el caso, la actividad de deforestación sin estudio de impacto ambiental ni participación indígena).³⁹⁶

El reconocimiento expreso de la legitimación colectiva incluye la posibilidad de constitución como parte querellante ya que actualmente el concepto de “víctima” se ha ampliado a portadores de intereses sociales (bienes jurídicos colectivos).³⁹⁷ Así lo ha entendido la jurisprudencia penal, aún sin norma expresa que autorice la legitimación colectiva, en los casos en que se trataba de investigación de delitos que involucraban intereses comunes a grupos sociales diferenciados.³⁹⁸

Obviamente, el afectado también puede hacer el reclamo en forma individual manteniéndose las mismas garantías. Cabe señalar que hay un error de redacción en el texto castellano ya que “los pueblos” no pueden actuar “personalmente”.

Garantías

El final del artículo contiene previsiones destinadas a asegurar la efectividad del acceso a la jurisdicción tanto contra el Estado como contra particulares. Las

395 Artículo 2 inc. a) de la ley 25.675.

396 C.S.J.N. en “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi” (2002), Fallos: 325:1744, revocando la decisión de la Corte de Justicia de Salta.

397 Maier, Julio; “La víctima y el sistema penal” en Eser, Albin y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 213. Ver también Slonimski, Pablo; “El derecho de querrela en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos” y López, Santiago A.; “Querellante: Nuevos estándares de legitimación”, ambos en *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia penal N° 10*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

398 Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Sala I, caso “Walhalla”, 7/12/99, admitiéndose la condición de querellante del Centro Simon Wiesenthal con fundamento en derecho de acceso a la jurisdicción establecido en el artículo 6 de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. También la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Dolores en la investigación del homicidio de José Luis Cabezas, admitiendo la legitimación de la Asociación de Reporteros Gráficos de la República Argentina (18/9/98).

medidas establecidas pueden ser legislativas u ordenadas directamente por los jueces, y -en primer término- requieren que el Estado provea una defensa pública adecuada para que las dificultades en obtener asistencia legal no se constituyan en obstáculos al ejercicio de los derechos.³⁹⁹ En su informe del año 2010 sobre la Argentina, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó especialmente *“que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para lograr que las comunidades indígenas hagan uso efectivo de la guardia jurídica gratuita y tome las medidas necesarias para asegurar que ésta sea accesible a toda la población”*.⁴⁰⁰

El derecho al uso del propio idioma es un corolario del principio de la igualdad entre los pueblos y, en el caso argentino, del reconocimiento constitucional de la preexistencia étnica y cultural. Aunque los códigos procesales penales y los pactos de derechos humanos establecen la posibilidad de contar con intérprete para quienes no conocen el idioma, el derecho a utilizar la lengua materna no debe estar limitado por la comprensión del idioma oficial, ya que la cláusula constitucional y el principio de no discriminación implican que los miembros de pueblos indígenas deben poder expresarse con la misma soltura al hablar con que se manifiestan los ciudadanos no indígenas. En función de ello, el Estado debe tomar medidas para asegurar la comprensión mutua entre las partes indígenas y los integrantes del tribunal (tanto en procesos civiles como penales) y su incumplimiento produce la nulidad del procedimiento, que, obviamente, sólo podría ser alegada por los afectados. De acuerdo a la Comisión de Expertos de la O.I.T., esto requiere un “cambio radical” en el procedimiento judicial.⁴⁰¹

399 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1992, págs. 19 y 44.

400 CERD, Examen..., párrafo 21.

401 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1992, pág. 14.

Parte II. Tierras

Los artículos 13 a 33 contienen las normas específicas del convenio, cuya interpretación debe hacerse a la luz de los principios generales. Estas son: Parte II. Tierras (artículos 13 a 19), Parte III. Contratación y condiciones de empleo (artículo 20), Parte IV. Formación profesional, artesanías e industrias rurales (artículos 21 a 23), Parte V. Seguridad social y salud (artículos 24 y 25), Parte VI. Educación y medios de comunicación (artículos 26 a 31), Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras (artículo 32), Parte VIII. Administración (artículo 33, aunque tal como quedó redactado luego de la revisión del Convenio 107, el artículo debería estar incluido entre los principios generales).

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Derechos colectivos y territorio. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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;

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 los lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

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.

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.

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.

Los pueblos indígenas y su relación con las tierras y territorios

El artículo es completamente nuevo, ya que no figuraba en el Convenio 107 ni en el proyecto de revisión y se agregó al final de la discusión a propuesta de Canadá.⁴⁰² Constituye una expresión del aspecto colectivo de los derechos indígenas⁴⁰³ ya que se deriva del derecho a existir como pueblo diferente en uno de sus aspectos centrales, y establece el deber de los estados de respetarlo en sus términos concretos. Es además un criterio de interpretación de todas las normas del Convenio.

La inclusión de la cláusula de *respeto* a la vinculación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios tiene por finalidad obligar a los estados a reconocer los principios de un régimen legal diferenciado que resulta indispensable para la continuidad y supervivencia cultural.⁴⁰⁴ La “propiedad” colectiva se ejerce en las condiciones de cada cultura indígena, de modo que no se rige por el derecho civil, ni siquiera por la forma común del condominio, que permite la división individual. La propuesta del gobierno militar chileno de enfatizar la propiedad familiar en desmedro de la comunitaria fue expresamente rechazada en el proceso de redacción.⁴⁰⁵

“Los problemas más importantes con que se enfrentan hoy los pueblos indígenas y tribales en todas las partes del mundo son la pérdida de sus tierras tradicionales y su falta de control sobre los proyectos de desarrollo ejecutados en ellas”,⁴⁰⁶ dice el informe preparatorio de los trabajos de la O.I.T. que concluyeron con la redacción del Convenio 169. Pese a la multiplicidad de culturas indígenas, *“El único aspecto que es universal es el conflicto entre la necesidad de las sociedades indígenas y tribales de conservar sus tierras para poder subsistir, y la tendencia de los Estados a desposeerlas de esas tierras o a permitir a otros que se las arrebaten”*.⁴⁰⁷

En Argentina, la Reforma Constitucional de 1994, al reconocer la *“posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”* los pueblos indígenas (artículo 75 inciso 17), incluye este derecho como corolario del derecho a la identidad. Señalan Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya que *“Para la cosmogonía indígena –más allá de la diversidad de culturas- la tierra no tiene un*

402 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 33.

403 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 346.

404 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), págs. 48 y 118 e Informe IV (2A), pág. 35.

405 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), págs. 37 a 39.

406 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 47.

407 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 98.

*tinte patrimonialista, no se la ve como mercancía que se puede apropiar y usar ilimitadamente; su estrecha vinculación con la tierra es elemento consustancial de la existencia misma del grupo, razón por la cual se la debe entender como la base material para la continuidad de su acervo cultural, como lo dice la Constitución de Brasil (art. 231.1). En suma, las tierras son para ellos un vínculo histórico, material y espiritual”.*⁴⁰⁸

Por tratarse de una garantía vinculada al reconocimiento de la identidad colectiva como pueblos preexistentes, Elena Highton considera que la “propiedad” indígena participa “*de las características de los bienes del dominio público*”, ajena al derecho privado.⁴⁰⁹ “*Identificar la propiedad comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad, importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas*”, sostienen por su parte, Alterini, Corna y Vázquez.⁴¹⁰ Se trata en realidad de un derecho colectivo sobre un espacio territorial cuya denominación como “propiedad” no puede interpretarse con los parámetros del derecho privado.⁴¹¹ Sin embargo, respecto de los particulares extraños y el Estado, la “propiedad” indígena tiene como mínimo todas las garantías de la propiedad privada.⁴¹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la Convención Americana de conformidad con los principios del derecho internacional, ha considerado a los derechos territoriales indígenas dentro del derecho de propiedad garantizado por el artículo 21 de la Convención. Por ello ha expresado que “*es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión*

408 Quiroga Lavié, Benedetti, y Cenicacelaya, *Derecho Constitucional...*, Tomo I, pág. 334.

409 Highton, Elena I.; “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 310.

410 Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Vázquez, Gabriela A.; *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005, pág. 155.

411 Ver nota al artículo 14 del Convenio.

412 Así lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Awas Tingni*”. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Dann*” (Informe 75/02) consideró a la propiedad indígena protegida por el artículo XXIII de la Declaración Americana.

de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁴¹³

La relación entre hábitat y cultura implica que el asentamiento territorial es mucho más que propiedad privada, pues constituye el ámbito de resguardo para la existencia grupal con identidad diferenciada. Como garantía del mantenimiento y reproducción de su cultura, es la base teórica del reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos en el derecho internacional,⁴¹⁴ reconocimiento que también aparece plasmado en los derechos internos de Panamá, Nicaragua, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela, a través de cláusulas constitucionales.⁴¹⁵

A partir de la Declaración, resulta claro que el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos se deriva directamente del derecho a la libre determinación de los pueblos, establecido en el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴¹⁶ Las tierras, territorios y recursos son la fuente principal de la autonomía, el sostenimiento económico, la cohesión social y cultural y el bienestar de los pueblos indígenas. *“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 y culturales, y sobrevivencia futura. No se trata de crear un Estado dentro de un Estado; el Convenio, en efecto, está explícitamente orientado a acciones ‘en el marco del Estado en el que ellos (los pueblos indígenas y tribales) viven’”*.⁴¹⁷

El Comité de Derechos Humanos, intérprete del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya había sostenido que *“Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales*

413 Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia del 31 de agosto del 2001.

414 Anaya, James; “The Protection of Indigenous Peoples Rights over Lands and Natural Resources Under de Inter-American Human Rights System” en Harvard Human Rights Journal, Cambridge MA, Volume 14, 2001, pág. 33.

415 Aylwin, José O.; *El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2002, pág. 7.

416 Ver “La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos” en la Introducción de este libro.

417 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 15.

como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan".⁴¹⁸

En igual sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declaró estar conciente "*de que en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a las poblaciones indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas del Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada*".⁴¹⁹

Tierras, territorios y recursos

El segundo párrafo no figuraba en ninguno de los borradores y fue incluido en su tratamiento por la Conferencia a fin de expresar el carácter colectivo de la protección de las tierras y territorios indígenas.

Una de las dificultades del problema resulta de la traducción a conceptos occidentales de una vinculación con el espacio y el hábitat que responde a patrones culturales diferentes. Los pueblos indígenas, señala Berraondo López, no están acostumbrados a utilizar la terminología occidental para referirse a sus tierras y territorios, ya que "*dentro de sus propios sistemas de organización políticas y sociales nunca se han visto en la necesidad de hacer tales distinciones en materia territorial, puesto que no existen dudas dentro de las cosmovisiones indígenas sobre el contenido, la importancia, la indivisibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos territoriales*".⁴²⁰

En el derecho occidental moderno la distinción entre los conceptos de "tierra" y "territorio" se produce con la constitución de los estados y el abandono de formas de ejercicio de la autoridad vinculadas a la posesión territorial. El Estado emerge como único detentador de la soberanía política en un espacio al que denomina *territorio* sobre el que ejerce su jurisdicción. Dentro de ese espacio, la propiedad de las *tierras* es detentada por los súbditos, como particulares dentro del régimen de derecho privado. Esta distinción entre lo público (estatal) y lo

418 Observación General N° 23 (1994). En la misma dirección ya había resuelto el caso "Ominayak, vs. Canadá" (comunicación N° 167/1984), dictamen del 26 de marzo de 1990.

419 Recomendación General XXIII (1997).

420 Berraondo López, "Tierras y territorios..." pág. 472.

privado (individual) determina los conceptos diferentes de “territorio” y “tierra” y se origina en esta formación política estatal que se consolidó en Europa hace menos de quinientos años y se extendió luego por el mundo a medida que Europa fue imponiendo su dominio sobre toda la Tierra. El concepto de *territorio* público se entiende, así, conjuntamente con su contrapartida, la propiedad individual de la *tierra*, y ambos carecen de equivalentes fuera de ese contexto de organización política que son los estados.

En este marco, la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema jurídico propio de los estados, origina la dificultad de expresar estructuras provenientes de prácticas culturales e historias diferentes e incorporarlas en el vocabulario que están habituados a comprender los funcionarios y demás operadores jurídicos. De allí que, por una parte, estos derechos tienen que poder ser asimilados y entendidos por analogía con derechos reconocidos dentro de la tradición jurídica occidental, ya que sólo de ese modo adquieren efectividad práctica en la vida cotidiana. Pero, por otra parte, su sentido final debe mantenerse diferente para que su marco de ejercicio se ubique dentro de los propios términos de la cultura de los pueblos indígenas y éstos no se vean obligados a modificarla para lograr ser respetados.

Como el lenguaje jurídico es una expresión cultural (al igual que todo lenguaje), no hay un léxico común neutral a las diferentes culturas en el cual puedan volcarse conceptos correspondientes a marcos de sentido colectivo diferentes. Esto no implica necesariamente una separación entre mundos extraños e incommunicables, puesto que la interculturalidad es un proceso no sólo posible sino deseable e inevitable para vivir pacíficamente, pero exige el abandono de lógicas unilaterales de conocimiento y la apertura hacia la comprensión de las racionalidades diferentes de la propia.

La solución a que se ha arribado en la redacción de los instrumentos internacionales, ha sido abordar el problema de la expresión de los conceptos diferentes utilizando varios términos, con la pretensión de que en conjunto permitan abarcar la realidad que se quiere resguardar. La mención a “tierras y territorios” o a “tierras, territorios y recursos” tiene por finalidad dar cuenta de la especial relación de los pueblos indígenas con su hábitat natural en el vocabulario jurídico utilizable por la tradición jurídica occidental. De este modo, se unifican términos que individualmente tienen significados diferentes pero que usados en común expresan más adecuadamente la protección jurídica a una vinculación de los pueblos indígenas con el ambiente en que viven, que no se divide fácilmente en aquellos conceptos separados.

De allí que la Declaración utilice siempre en forma unida los términos “tierra, territorio y recursos”, salvo en los pocos casos en que la referencia es

inequívocamente a la extensión del espacio, en que usa “tierras y territorios” (como la prohibición de desplazamientos del artículo 10, de alojamiento de materiales o residuos peligrosos del artículo 29 y de actividades militares del preámbulo y el artículo 30). Únicamente aparece en forma aislada el término “tierras” al hacer referencia a su uso o distribución interna en los pueblos o comunidades (artículos 26 y 27).

Ello no implica que no puedan hacerse distinciones más precisas entre *tierras* y *territorios*,⁴²¹ cuya utilidad en el ámbito de los debates teóricos es importante, sobre todo en vista a la evolución futura de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, a los fines prácticos de este manual, y dado el bajo nivel de reconocimiento efectivo de los derechos indígenas en nuestro país, la fórmula del artículo 13 del Convenio, comprendida juntamente con la terminología de la Declaración, permite solucionar satisfactoriamente los problemas que se presentan en la realidad actual.

De este modo, cuando se enfatiza el aspecto de “propiedad” (artículos 14, 17 y 18 del Convenio), que implica la exclusión de extraños a la cultura indígena, incluyendo al Estado, el objeto de la protección queda más vinculado al concepto de *tierras* ocupadas, especialmente a la superficie del suelo.⁴²² El *territorio*, en cambio, alude a los derechos de jurisdicción o utilización, control y gestión, tanto en lo que se refiere a la autonomía interna como en relación a los recursos y medio ambiente, tal como se establece en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución. La “propiedad”, aunque absoluta y exclusiva, es un concepto de derecho privado. El “territorio” en cambio implica jurisdicción, aun cuando, como en el caso del subsuelo, puede ser compartida con el Estado (artículo 15 del Convenio). Este carácter dual, que adquiere las características de un dominio público no estatal, refleja la superioridad de la ocupación territorial indígena ya que es un corolario del derecho a la libre determinación.

El territorio es el “*Espacio social, cultural y ecológico*”,⁴²³ y no depende de líneas trazadas en el mapa.⁴²⁴ “*Incluye a todas las cosas propias de las tierras, inclusive las aguas, el subsuelo, el espacio aéreo, sus ocupantes y plantas, la vida animal y todos los recursos que en ella existan*”.⁴²⁵ No se limita, además, a las tierras ocupadas permanentemente, sino que incluye todas aquellas a las que se tiene acceso para las actividades (“utilizan de alguna otra manera”). Como hábitat

421 Como lo hace Berraondo López en “Tierras y territorios...”, págs. 477-487.

422 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 50.

423 Definición dada por Colombia. O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 33.

424 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 37.

425 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 118.

incluye los aspectos sociales y culturales, lo que subraya la dimensión política de la propiedad indígena. Los artículos 25 y 26 de la Declaración precisan con mayor claridad esta protección, en las mismas líneas esbozadas en el artículo 13 del Convenio, redactado casi veinte años antes.

En este sentido, la guía de la O.I.T. recalca que el territorio “*es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando el Convenio habla de ‘tierra’, el concepto abarca la **totalidad del territorio** que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo*”.⁴²⁶

426 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 91.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Propiedad y posesión . 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Artículo 8.

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;

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.

El derecho público de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de las tierras

La *propiedad* es la primera dimensión del derecho colectivo a las “tierras, territorios y recursos”⁴²⁷ que aborda el Convenio. Esta prioridad es eminentemente práctica y se origina en que uno de los principales problemas que enfrentan y han enfrentado los pueblos indígenas consiste en las expulsiones de sus territorios, de modo que la forma más inmediata de protección surgió como reconocimiento de su propiedad, como mínimo con los mismos derechos que los demás habitantes, tal como se establecía en el Convenio 107 de 1957. Hoy se mantiene esta prioridad, aún cuando la propiedad indígena se deriva del reconocimiento de los pueblos como sujetos colectivos de derecho público, con libre determinación y autonomía territorial, ya que los desalojos, desposesiones y despojos continúan siendo de los más graves problemas, sobre todo porque con frecuencia se producen con la

427 Ver comentario al artículo 13 del Convenio.

participación de los órganos estatales e incluso mediante la voluntad gubernamental.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha hecho saber recientemente a la República Argentina su “seria preocupación” por la expulsión de comunidades indígenas de sus tierras tradicionales.⁴²⁸ Lo mismo ha expresado el Comité de Derechos Humanos.⁴²⁹ Ambos órganos han requerido al Estado **investigar los hechos y sancionar a los responsables**.⁴³⁰ Ello da cuenta de que, no obstante las numerosas normas que garantizan el derecho de los pueblos indígenas a mantener y reproducir su cultura dentro de los ámbitos espaciales en que la han desarrollado, este derecho se encuentra en permanente peligro. De allí que la protección de la dimensión de “propiedad”, relacionada con el término “tierras”, continúe siendo prioritaria en la práctica.

El artículo 11 del Convenio 107 reconocía el derecho de propiedad “individual o colectivamente” a “los miembros” de los pueblos, sin hacer distinciones con la propiedad civil, y de este modo, la propiedad colectiva era una opción individual. Este enfoque se ha suprimido y ahora el derecho es íntegramente colectivo.⁴³¹ Se es propietario o poseedor *como pueblos*, porque ello se deriva del derecho a la libre determinación, ya que éste requiere ser garantizado mediante la protección del espacio en que se desarrolla la cultura indígena.

La obligación estatal de *reconocimiento* de derechos, implica que éstos ya existían y no nacen con el Convenio (no dice “deberá otorgarse el derecho”). De igual modo, aparecen en la Constitución, en la que la preexistencia está explícitamente enunciada, y -por lo tanto- el derecho a las tierras y territorios no se encuentra subordinado a la cesión otorgada por el Estado.⁴³² Esto implica que la conquista y colonización anteriores no crean derechos que puedan oponerse a los pueblos indígenas, lo cual es, por otra parte, una consecuencia del carácter imprescriptible del genocidio.⁴³³ De igual modo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana, han dejado en claro que los derechos colectivos indígenas a la propiedad de las tierras que ocupan se encuentran protegidos por el artículo XXIII de la Declaración Americana y por el artículo 21 de la Convención y no dependen

428 CERD, Examen..., párrafo 26. El Comité menciona los casos de la Comunidad Chuschagasta en Tucumán y Currumil en Neuquén.

429 CDH, Examen..., párrafo 25.

430 El resaltado está en el original de ambos informes.

431 El inciso 17 del artículo 75 de la Constitución está redactado exactamente en el mismo sentido.

432 Thornberry, *Indigenous Peoples*..., pág. 352.

433 Zaffaroni, “Consideraciones...”, pág. 108.

de la voluntad de los estados.⁴³⁴

La opinión consultiva sobre el Sahara Occidental de la Corte Internacional de Justicia en 1975,⁴³⁵ si bien aludió a la ocupación en términos de derechos políticos territoriales más que de *propiedad* dentro del territorio de un Estado, constituyó un antecedente importante en el aseguramiento de los derechos de los pueblos indígenas o tribales pues rechazó el concepto de que su hábitat eran tierras sin dueño (*terris nullius*). Esta opinión ha sido utilizada a posteriori por la Corte Suprema de Australia para reconocer que la propiedad indígena preexistía a la ocupación europea.⁴³⁶

Debido a esta preexistencia, los derechos no están subordinados al cumplimiento de la legislación interna nacional, que habitualmente es desfavorable a los pueblos indígenas. En una respuesta al gobierno de la India, la O.I.T. señaló tajantemente que no puede aceptar la distinción entre “ocupación tradicional” y “usurpación” establecida por el derecho interno, ya que bajo los términos del Convenio la *ocupación tradicional*, haya sido o no reconocida o autorizada, crea derechos y cubre a las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas.⁴³⁷ El derecho se debe reconocer, aún cuando la ocupación no se ejerza en los modos previstos en la legislación común sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas.⁴³⁸ Por esa razón, la Comisión de Expertos de la O.I.T. señaló la ilegalidad de la transferencia de tierras indígenas a empresas particulares.⁴³⁹ En igual medida se han pronunciado el Comité de Derechos Humanos⁴⁴⁰ y los órganos del sistema interamericano. “*El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”.⁴⁴¹

434 Anaya, “The Protection...”, pág. 41. Ver también CIDH en “Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos” (Informe N° 75/02), 27 de diciembre del 2002 y Corte IDH en “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia del 31 de agosto del 2001.

435 16 de octubre de 1975.

436 Caso “Mabo vs. Queensland (1992), citado por Anaya, *Indigenous Peoples...*, pág. 139.

437 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 334.

438 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 51. Ver más adelante “Posesión indígena, ocupación tradicional y posesión civil”.

439 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Honduras, informe de 1999, pág. 20.

440 Observación General N° 23 (1994).

441 Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas

A partir de la Reforma Constitucional se establece, en palabras de Bidart Campos, “*un régimen diferente a la normativa del código civil en materia de propiedad*”.⁴⁴² Uno de los primeros fallos en aplicar estas normas ha dicho claramente que “*La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional*”.⁴⁴³

El Convenio 169 contiene los lineamientos generales de este nuevo régimen. Durante su discusión los representantes indígenas insistieron en extender la protección a la posesión, lo que tiene particular importancia porque equipara ambas instituciones (posesión y propiedad) y establece la aplicación de criterios internacionales que no están subordinados a lo que dispongan los derechos internos de cada país. La *propiedad* debe entenderse, como mínimo, en el sentido que la Corte ha interpretado la garantía del artículo 17 de la Constitución, en ningún caso limitada al derecho real de dominio. Como obviamente la propiedad indígena no puede tener menor extensión que la de los demás habitantes (artículos 2, 3 y 4 del Convenio), son inválidas las cláusulas regresivas de algunas adjudicaciones de tierras concebidas como *favor* del Estado y no como reconocimiento de derechos.⁴⁴⁴ Tanto la propiedad y posesión como el acceso a que se refiere el mismo artículo, no necesariamente deben ser exclusivos de una comunidad o incluso de un pueblo indígena, habida cuenta de numerosos casos de ocupación compartida.⁴⁴⁵ “*Esto se verifica en particular en las tierras de pastoreo, las áreas de caza, pesca, recolección y los bosques que pueden ser empleados por pastores nómadas, cazadores o agricultores itinerantes, según la rotación y las estaciones*”.⁴⁴⁶

Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 151.

442 Comunidad Mapuche Vera - Dictamen del Dr. Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunal, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. Ambrosio I. Gioja”, Facultad de Derecho, U.B.A. s/f.

443 Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Bariloche (Río Negro) en autos “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ Desalojo”, sentencia del 12/8/2004.

444 Como por ejemplo los artículos 9 a 13 de la Ley 23.302.

445 Anaya, “The Protection...”, pág. 45.

446 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 95.

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y la propiedad indígena

Como fuera señalado,⁴⁴⁷ ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen referencias explícitas a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, a partir de 1971 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió que dichos pueblos tenían derecho a protección especial porque habían sufrido severas discriminaciones.⁴⁴⁸ Desde esa época, la Comisión ha recibido centenares de peticiones, y en los casos en que las víctimas eran indígenas, si bien las quejas se referían en particular al derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad, a la dignidad, al debido proceso y las garantías judiciales, las denuncias además tenían implicancias para “*su funcionamiento y derechos colectivos como comunidades, sociedades y culturas con vida y valores propios dentro de cada Estado*”.⁴⁴⁹ Así, en el año 1998 la Comisión sostuvo que el derecho de propiedad garantizado en el artículo 21 de la Convención protegía la posesión ejercida por los pueblos indígenas concluyendo en que “*el Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awás Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de la Comunidad en sus tierras... El Estado de Nicaragua es responsable por [violar el] derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras [de] Awás Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awás Tingni*”.⁴⁵⁰

Ese mismo año la Comisión presentó la demanda contra Nicaragua ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Convención. El fallo de la Corte fue dictado el 31 de agosto de 2001 decidiéndose que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas tiene fundamentos en el derecho internacional, más allá de lo que disponga el derecho privado interno de cada Estado.⁴⁵¹ La Corte consideró que “*el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (...)* Para las comunidades indígenas la relación con la

447 Ver comentario al artículo 3 del Convenio.

448 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 9. En 1972 la Comisión dictó una resolución sobre el tema “La Protección Especial para las Poblaciones Indígenas”.

449 *Idem*.

450 C.I.D.H., Informe 27/98 (Nicaragua), párrafos 141 y 142.

451 De todos modos indicó que la Constitución de Nicaragua también reconocía los derechos indígenas.

tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”, por lo cual los estados deben otorgar título de propiedad a las comunidades indígenas sobre las tierras que poseen.⁴⁵²

En su demanda, la Comisión había entendido que los modos tradicionales de uso y ocupación territorial de los pueblos indígenas debían ser incluidos en el derecho de propiedad en base a la costumbre internacional. En cambio, la Corte fundó su decisión en la interpretación evolutiva de los instrumentos de protección de los derechos humanos.⁴⁵³ En los años siguientes la Corte decidió también que los pueblos indígenas continuaban siendo los dueños legítimos de las tierras aun si habían perdido su posesión por actos de violencia,⁴⁵⁴ manteniendo incluso el derecho a recuperarlas pese a que estuvieran ocupadas por terceros.⁴⁵⁵

En el año 2006, en el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, la Corte resumió su jurisprudencia anterior y expuso los principios que de conformidad con la Convención garantizan los derechos de propiedad de los pueblos indígenas:

- *“La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.*
- *La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.*
- *Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.*
- *Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho a recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”.*⁴⁵⁶

452 Caso “Awás Tingni”, párrafos 148, 149 y 151.

453 Gilbert, Jérémie; *Indigenous Peoples’ Land Rights Under International Law. From Victims to Actors*, Transnational Publishers, Ardsley NY, 2006, pág. 101.

454 Caso “Comunidad Moiwana vs. Surinam”. Sentencia del 15 de junio de 2005, párrafo 134.

455 Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 124 a 131.

456 Caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Sentencia del 29 de marzo de

Consecuentemente, señaló la Corte, *“la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”*.⁴⁵⁷ Para dilucidar si el derecho de recuperación de las tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo, la Corte tomó en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. *“Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena de que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre”*.⁴⁵⁸

Como fuera expuesto en la Introducción,⁴⁵⁹ la Corte Suprema argentina ha resuelto de modo constante que los tratados de derechos humanos deben aplicarse en el ámbito interno teniendo como guía la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan. Respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las decisiones de la Corte Interamericana han sido expresamente citadas y aplicadas en el caso “Comunidad Eben Ezer”.⁴⁶⁰

Posesión indígena, ocupación tradicional y posesión civil

El Convenio 169, en 1989, alude a “las tierras que tradicionalmente ocupan” (los pueblos indígenas) y el texto constitucional argentino de 1994 tomó exactamente los mismos términos. Es por esto que la cláusula constitucional debe ser interpretada de conformidad con los criterios del derecho internacional (lo que, por otra parte, es una consecuencia del artículo 27 de la Convención de Viena). Durante la redacción del Convenio hubo un gran debate al respecto, ya que se estaba estableciendo tanto el alcance del derecho como la situación de los numerosos casos de desposesión, recientes y antiguos.⁴⁶¹ Los representantes indígenas, apoyados por representaciones sindicales, proponían la restitución de las tierras reclamadas y su pleno dominio sobre todos los recursos, aunque la mayoría de los estados veía tales peticiones como cuestionamientos al monopolio del poder interno que ejercían. De allí que las distintas cuestiones se trataran en una serie de normas diferentes tendientes a apuntar a situaciones específicas, diferenciando los casos de tierras ocupadas o a las que se accede (artículo 14, párrafos 1 y 2),

2006, párrafo 128.

457 *Idem*.

458 *Idem*, párrafo 131. Con cita del caso “Yakye Axa”, párrafo 154.

459 Ver “La operatividad de los tratados de derechos humanos en nuestro derecho interno”.

460 Fallos: 331.2119 (2008), con cita de las sentencias dictadas en los casos “Awás Tingni” y “Yakye Axa”.

461 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 50 e Informe IV (2A) pág. 36.

las reivindicaciones de tierras que ya no se ocupan (artículo 14, tercer párrafo), los recursos naturales en general (artículo 15, primer párrafo) y la situación del subsuelo (artículo 15, segundo párrafo). Es que la situación de “libre determinación en el marco de los estados”, requiere que las normas busquen distinguir y regular los diferentes aspectos de esta compleja relación entre los pueblos indígenas y el Estado.

El primer párrafo del artículo 14 establece claramente el derecho de propiedad colectivo de las tierras “tradicionalmente ocupadas”. El concepto no debe confundirse con el de “actualmente ocupadas” ya que el texto indica que si bien debe existir alguna conexión con el presente, abarca tanto los supuestos de ocupación efectiva como “*los casos de recientes expulsiones de las tierras o pérdida de títulos*”.⁴⁶² Tampoco debe confundirse con “ocupación ancestral o inmemorial”, aunque en muchos documentos internacionales se utiliza esta alusión. Ya al interpretar el Convenio 107 la O.I.T. había sostenido que los derechos “*también se aplican a tierras actualmente ocupadas independientemente de la posesión u ocupación inmemorial. India había argumentado sin éxito que la frase ‘ocupan tradicionalmente’ limita los derechos a la tierra compensables a grupos que puedan demostrar posesión inmemorial. La Comisión de la OIT estableció que el hecho que la gente tiene alguna forma de relación con la tierra actualmente ocupada, incluso hace poco tiempo, era suficiente para conformar un interés y, por lo tanto, derechos a la tierra y los recursos pertinentes*”.⁴⁶³

Dada la diversidad de situaciones a regular, las mayores precisiones a la norma provienen de su aplicación en los veinte años posteriores a su redacción, especialmente de la tendencia a unificar la jurisprudencia, de las recomendaciones de los órganos internacionales y también de la Declaración. Por eso, aplicando tanto el artículo 35 del Convenio como el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cumplimiento del artículo 14 del Convenio en el país debe realizarse con los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expuestos en el capítulo anterior.

La cuestión de las tierras a las que los pueblos indígenas tenían acceso estacionario ya se había planteado durante la vigencia del Convenio 107, sin que quedara claro si tales tierras caían dentro de la protección, máxime cuando el artículo 3 de la Recomendación 104 mencionaba “áreas” de grupos “seminómades”, un término diferente al de “tierras tradicionalmente ocupadas” del Convenio 107. El nuevo texto resuelve la cuestión en la primera parte del artículo 14, estableciendo

462 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 19. En el mismo sentido Thornberry, *Indigenous Peoples...*, págs. 353 y 354.

463 MacKay, *Una guía...*, pág. 8.

los derechos de los pueblos sobre las tierras “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.⁴⁶⁴ Se refiere a derechos como pastoreo, caza, pesca, recolección u otro uso sobre tierras cuya ocupación se comparte. El umbral mínimo que establece el Convenio es similar a una servidumbre legal, pero para que tenga lugar esta menor garantía sobre las tierras es necesario que éstas estén efectivamente también ocupadas por personas distintas a los pueblos indígenas, ya que en los casos de ocupación transitoria pero no compartida se aplica la primera parte del artículo 14 (1). Lo mismo cabe si el acceso se comparte entre distintos pueblos indígenas, ya que debe reconocerse la propiedad conjunta a todos ellos.

El término “posesión” proviene de la tradición jurídica romanística, y, como tal, tiene connotaciones que pueden llevar a equívocos y restringir el alcance de la protección internacional.⁴⁶⁵ Se adopta su uso porque para que el derecho sea efectivo en la práctica se requiere que se formule en términos que los funcionarios, magistrados y demás operadores jurídicos estén habituados a comprender. En el Código Civil Argentino, como en muchos otros que siguen la misma orientación, la posesión es una relación de hecho en la cual una persona tiene una cosa bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (artículo 2351). El *dominio* o propiedad civil, es, por su parte, un derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (artículo 2506). Ambas definiciones, como se ve, colocan como un elemento esencial el *podério*, *sometimiento* o *dominio* de la cosa a su poseedor o dueño.

La “posesión indígena” de sus tierras, territorios y recursos, en cambio, mejor conceptualizada como *relación*, es profundamente diferente de aquella que aparece en el Código Civil y que responde a principios muy distintos de los que animan a las culturas originarias. La “posesión” del Código Civil tiene como fundamento una relación con la naturaleza según la cual el ser humano es el dominador y explotador de ella y sus recursos.⁴⁶⁶ En consecuencia, la exteriorización de esta posesión está dada por los actos de ejercicio de dominio sobre el suelo, entendiéndose a éste como una *cosa* que puede soportar cualquier uso o explotación, incluyendo su enajenación como mercancía. La relación de los pueblos indígenas y de sus miembros con todos los elementos del ambiente, humanos y no humanos, por el contrario, se rige por normas ancestrales de convivencia y respeto mutuo. La “posesión indígena”, por

464 Thornberry, *International Law...*, pág. 305.

465 Ver comentario al artículo 13 del Convenio, “Tierras, territorios y recursos”.

466 El paradigma es la propiedad absoluta individual. El tratamiento desfavorable que el Código Civil brinda al condominio exhibe esta voluntad de desalentar las formas colectivas de propiedad.

ello, no se exterioriza en actos de dominio sobre una tierra convertida en objeto sino en actos de conservación y mantenimiento para la vida común. La “posesión” del código civil occidental requiere mostrarse a través de cierta violencia sobre la naturaleza. La “posesión indígena”, por el contrario, se expresa en la preservación de la biodiversidad con presencia humana.

De allí que la “posesión indígena” alude a las tierras que tradicionalmente ocupan o utilizan de alguna manera y no a la voluntad de sometimiento. Tiene el mismo nombre que la *posesión* civil pero se trata de un concepto diferente, con características distintas y con fundamento en el derecho internacional público y no en el derecho privado interno.⁴⁶⁷

Es necesario destacar esta distinción porque todos los mecanismos procesales están formulados para dilucidar la propiedad y posesión civiles, y resultan inadecuados para proteger los derechos indígenas. De modo que las reglas procesales que se imponen a los litigios con los pueblos indígenas tienen la característica de perjudicar y obstaculizar los derechos constitucionales favoreciendo pretensiones fundadas en normas de inferior jerarquía.⁴⁶⁸ Ello no sólo se advierte en la brevedad de los plazos (que dificultan los mecanismos colectivos de elaboración de decisiones), sino también en las normas de prueba, que perjudican a las culturas orales, y sobre todo en las posibilidades de adopción de medidas cautelares *inaudita parte* que se transforman, al aplicarse exclusivamente los criterios civiles, en decisiones *inaudita cultura*.

Se ha hecho referencia en tramos previos de este texto a cómo los códigos procesales resultan en gran parte inconstitucionales por haber sido redactados bajo el paradigma de la homogeneidad cultural, y por contradecir el nuevo texto constitucional y los tratados de derechos humanos.⁴⁶⁹ Lo que cabe señalar aquí, específicamente en relación a la posesión, es que las normas de evidencia devalúan metódicamente las posibilidades probatorias de las culturas indígenas, basadas en la oralidad, la tradición histórica y la relación no violenta con la naturaleza. En un párrafo ya citado, la Corte Interamericana destacó que la relación indígena con las tierras puede “*incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a*

467 Ver comentario al artículo 13 del Convenio, “Los pueblos indígenas y su relación con las tierras y territorios”.

468 Esta inversión de las finalidades procesales coincide casi siempre con las estructuras de poder locales y los prejuicios de los funcionarios de las administraciones de justicia, sobre todo las provinciales.

469 Ver comentario al artículo 12 del Convenio.

sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura".⁴⁷⁰ En nuestros actuales sistemas procesales, concebidos para funcionar dentro de la cultura occidental, todas estas características son difíciles y costosas de acreditar judicialmente, por lo que los pueblos indígenas se encuentran en notable desventaja frente a quienes ostentan documentos estatales o exhiben rastros claros de una vinculación violenta sobre la tierra (alambrados, desmontes, etc.). Las restricciones al número de testigos, en oposición al ilimitado aporte de documentación o requerimientos de informes, la irrecurribilidad de la denegatoria de prueba y los plazos brevísimos, que impiden el mayor debate que requieren los conflictos interculturales, así como el costo de la prueba a cargo de las partes, que beneficia a quienes tienen mayor poder económico, son, como mínimo, muestras de la orientación inconstitucional de las leyes procesales, que desguarnecen la posesión indígena pese a su mayor protección normativa.

En los casos de ocupación territorial estacionaria o intermitente, como ocurre con la caza, pesca, recolección y ganadería trashumante, entre otras prácticas, no sólo se revelan más inadecuados los mecanismos procesales (especialmente en los juicios sumarísimos y sumarios) sino que además la tendencia de magistrados y funcionarios a encuadrar los derechos indígenas en términos de posesión civil (continua, efectiva y a título de dueño), se traduce en una práctica desprotección de derechos y una discriminación estatal institucionalizada en perjuicio de los pueblos indígenas.

Frente a ello, se hace necesario afirmar con claridad las profundas diferencias de la posesión indígena con su homónima de derecho privado y la superior jerarquía constitucional de la protección de aquella. En esta protección se encuentran comprendidas todas las tierras utilizadas de algún modo por los pueblos o comunidades para la reproducción de su vida y su cultura.

En los trabajos preparatorios se aclaró, por eso, que "*La Comisión de Expertos [de la O.I.T.] opina que la utilización del término 'tradicionalmente' se refiere a la forma de ocupación de la tierra y a los criterios de esta ocupación y que no tiene como fin suscitar una investigación detallada sobre el pasado histórico, aunque también es compatible con las reclamaciones de restitución*".⁴⁷¹ En el caso "Konkama", la Comisión Europea de Derechos Humanos observó que la crianza de renos, la caza y la pesca son elementos fundamentales de la cultura Saami, por lo que los derechos exclusivos de ese pueblo sobre tales actividades deben ser comprendidos como "posesión".⁴⁷² La parte final del artículo 14.1 alude

470 Caso "Sawhoyamaxa", párrafo 131. Con cita del caso "Yakye Axa", párrafo 154.

471 O.I.T., Revisión..., Informe VI (2), pág. 50.

472 Caso N° 27033/95, Konkama and 28 other Saami Villages v Sweden, DR 77/78, citado

a los pueblos nómades y a los agricultores itinerantes, también mencionados en la Recomendación 104, como especiales referentes del derecho adicional de acceso, pero ello no excluye a otras prácticas realizadas por pueblos sedentarios (como las de ganadería trashumante en la Patagonia).

El artículo dice que “en los casos apropiados deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho”. Se trata de “medidas especiales” (artículo 4 del Convenio) que pueden ser tanto normas generales como decisiones administrativas o judiciales que aplican directamente el Convenio. “*Lo que significa exactamente ‘en los casos apropiados’ no está claro, aunque pueden informar al respecto las estipulaciones sobre protección y fortalecimiento de las prácticas de subsistencia en el art. 23, y el reconocimiento del control indígena sobre las tierras que ellos ‘utilizan’ (art. 7(1))*”.⁴⁷³ También la Guía oficial de la O.I.T. hace referencia al artículo 23 como uno de los supuestos aludidos en el artículo 14.⁴⁷⁴

Por último, el concepto de “ocupación tradicional” no implica que el derecho se encuentre condicionado a que los pueblos mantengan inmodificables las formas y criterios de ocupación, ya que ello implicaría impedirles tomar las decisiones que hacen que una cultura se mantenga viva cambiando las prácticas del modo que a sus miembros les parecen más convenientes.⁴⁷⁵ Lo *tradicional* no es un criterio técnico sino jurídico-político, pues alude al mantenimiento de la propia organización social indígena y a sus prácticas colectivas de adopción de decisiones comunes.

Relevamiento, determinación y demarcación. La ley 26.160

El segundo apartado trata sobre la demarcación de los territorios indígenas y establece la obligación de los estados de *determinar* (“*identify*” en el texto inglés), o sea de realizar la mensura. Para la ex presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, Erica Irene Daes, en términos de frecuencia y extensión de las quejas, el principal problema para los pueblos indígenas consiste en la renuencia de los estados en demarcar las tierras indígenas. “*La demarcación de las tierras es el proceso formal de identificación de la ubicación actual y los límites de las tierras y territorios indígenas y el trazado de estos límites en el suelo. El reconocimiento puramente abstracto o legal de las tierras, territorios y recursos indígenas puede ser prácticamente insignificante*

por Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 305 nota 96.

473 Mackay, *Los derechos...*, pág. 156.

474 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 19.

475 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 19.

sin la identidad física de la propiedad es establecida y demarcada”.⁴⁷⁶ Entre las conclusiones de la reunión de expertos de la O.I.T. preparatoria del Convenio, se encuentra que los estados “*deberían adoptar medidas para determinar las tierras a las cuales esos pueblos tienen derecho, procediendo al deslinde o demarcación de las mismas si no lo hubiesen efectuado*”.⁴⁷⁷

La obligación de determinar abarca a todas las tierras mencionadas en el primer párrafo, a las que se posee tradicionalmente y a aquellas sobre las que se tienen otros derechos, y también a aquellas con las que se mantiene una relación espiritual.⁴⁷⁸ Obviamente, el procedimiento debe realizarse con la participación indígena ya que así lo establecen las normas generales del convenio (artículos 2, 6, 7 y 12, entre otros).

Los estados deben realizar todas “las medidas que sean necesarias”, administrativas o judiciales, a fin de realizar la demarcación física de las tierras y territorios indígenas. Estas deben ser “*deliberadas, concretas y dirigidas*” al fin establecido.⁴⁷⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando el artículo 21 de la Convención Americana decidió “*que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades*” los miembros de dicha comunidad.⁴⁸⁰

En sus posteriores decisiones, la Corte Interamericana ha enfatizado esta protección adicional. Mientras los estados no cumplan con la determinación de las tierras, se encuentran impedidos de adoptar decisiones sobre los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento, previo, libre e informado. O sea que, la situación de incertidumbre por ausencia de demarcación y titulación le impide al Estado adoptar decisiones que podría tomar si las tierras estuvieran regularizadas.⁴⁸¹

476 United Nations. Economic and Social Council. Commission on Human Rights. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities; “Human Rights of Indigenous Peoples. Indigenous People and Their Relationship to Land. Preliminary Working Paper Prepared by Mrs. Erica-Irene Daes, Special Rapporteur”, E/CN.4/Sub.2/1997/17, N° 40.

477 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 125.

478 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Sawhoyamaxa”, párrafo 128.

479 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 356, citando los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la O.N.U.

480 Caso “Awes Tingni”, sentencia del 31 de agosto del 2001.

481 Caso “Saramaka vs. Surinam”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, punto 5 de la resolución.

En el mismo sentido, y también haciendo alusión a la duración del proceso de determinación, los órganos de control de la O.I.T. recomendaron la adopción de medidas transitorias a fin de proteger los derechos sobre las tierras de los pueblos indígenas mientras se aguarda la resolución final.⁴⁸²

Son tales deberes del Estado los que han llevado al dictado de la ley 26.160, promulgada en noviembre del año 2006. Dicha ley, en su artículo 1 declara “la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país” por el término de cuatro años, razón por la cual en su artículo 2 suspende “por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo” anterior. “La posesión”, dice la norma, “debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada” (artículo 2).⁴⁸³

El término de la emergencia (y la consiguiente suspensión) se ha establecido con el fin de que durante los tres primeros años se realice, por intermedio del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, el relevamiento técnico catastral de las tierras, y, de ese modo, cumplir, tal como lo dice la exposición de motivos de la ley, con las obligaciones impuestas en el artículo 14 del Convenio 169.

A partir de dicha ley, el Decreto 1122/07 ha establecido su reglamentación y la Resolución 587/07 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas ha creado el Programa Nacional de “Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas - Ejecución de la Ley N° 26.160”.

Sin embargo, la ley no indica cuales serían los efectos jurídicos del relevamiento así realizado, ya que no establece el procedimiento de titulación ni de restitución de las tierras de reciente desposesión, lo que implica un cumplimiento sólo parcial de las normas internacionales. Se establece un mecanismo administrativo con participación indígena de realización de los estudios necesarios para determinar las tierras indígenas y se destinan los recursos presupuestarios. El principal avance de los resultados de este programa consistiría en que solucionarían los enormes inconvenientes que ocasiona la producción de medidas de prueba técnicamente difíciles y económicamente muy costosas. No obstante, las obligaciones del Estado van más allá, pues, una vez realizado el relevamiento, debe tomar a su cargo y hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras así determinadas.

482 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 96. Consejo de Administración, 299ª reunión, junio de 2007. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la O.I.T., Guatemala, GB 299/6/1, párrafo 45.

483 En el comentario al artículo 16 se mencionará cómo este artículo ha sido motivo para que la ley sea interpretada del modo más restringido posible, contrariamente a las normas internacionales.

Respecto a esta cuestión la ley no indica nada.

Así y todo, la magnitud de los intereses afectados se advierte en las notables demoras en dar cumplimiento a esta obligación. En diciembre de 2009 se prorrogaron los plazos de la ley por cuatro años más,⁴⁸⁴ ya que hasta ese momento no se había concluido con el relevamiento en ninguna de las provincias con presencia indígena relevante e incluso en gran número de ellas ni siquiera se había iniciado. Por tal motivo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial observó “con seria preocupación” esta falta de cumplimiento y le recomendó a la Argentina que implemente la ley en todas las provincias con población indígena.⁴⁸⁵ Las “dificultades” para la realización del relevamiento no se vinculan a problemas técnicos sino que provienen básicamente de la oposición de las administraciones provinciales.

Garantías

La última parte del segundo párrafo del artículo 14, establece que los estados deberán “garantizar la protección efectiva” de los derechos indígenas sobre las tierras. Aunque el texto mencione sólo a la “propiedad y posesión” deben entenderse comprendidos todos los derechos mencionados en el primer apartado, incluido el acceso, ya que la norma es un caso especial del deber de garantía que el artículo 12 establece para todos los derechos.

La existencia de legislación, por sí sola, ha dicho la Corte Interamericana, *“no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*.⁴⁸⁶

Las garantías que establece el Convenio consisten en todas las medidas que sean necesarias a fin de hacer efectivos los derechos, incluyendo medidas cautelares.⁴⁸⁷ Así lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al otorgar medidas cautelares en favor de las Comunidades Indígenas Mayas y sus miembros, solicitando al Estado de Belice que adopte las previsiones necesarias para suspender todos los permisos, licencias, y concesiones que permitan la explotación de petróleo y cualquier otra actividad de explotación de recursos naturales en las

484 Ley 26.554.

485 CERD, Examen..., párrafo 20.

486 Caso “Sawhoyamaya”, párrafo. 167.

487 Ver comentario al artículo 12 del Convenio.

tierras utilizadas y ocupadas por las Comunidades Mayas en el Distrito de Toledo, con el fin de investigar los alegatos del caso.⁴⁸⁸

Solución de reivindicaciones

El tercer párrafo del artículo se refiere exclusivamente a los reclamos en situaciones no mencionadas en los párrafos anteriores. Se trata de las tierras que los pueblos indígenas reclaman por haber sido despojados con bastante anterioridad. El párrafo está relacionado con la discusión acerca de los términos “tradicionalmente ocupadas” o “territorios tradicionales” ya que se optó por separar los casos de ocupación o acceso actual o de desocupación reciente (primer párrafo), de aquellos supuestos en que se mantenían reivindicaciones sobre despojos más antiguos.

La norma no estaba en el Convenio 107 y constituye un reconocimiento del “principio de restitución”. En los trabajos preparatorios se aclara que además *“de disponer la seguridad de las tierras que efectivamente ocupan los pueblos indígenas y tribales, varios expertos y observadores, destacaron la importancia de la restitución a esos pueblos de las tierras cuya posesión han perdido. En algunos países, y pese a que no siempre se les otorga el respeto que merecían, existen derechos que emanan de tratados, concesiones, o la posesión inmemorial, pero, a través de los siglos, se les fue privando de dichas tierras”*.⁴⁸⁹ El tema surge al tratarse la revisión del ex artículo 14 (origen del actual artículo 19) referido a los programas agrarios, y su incorporación como norma separada implica un cambio del ámbito de *políticas de gobierno* al área de los *derechos*. En el proyecto original estaba incorporado como un artículo especial, pero en la redacción final se prefirió incluirlo en el artículo 14 para éste contuviera las normas referidas a todas las situaciones que se presentan sobre las tierras indígenas.

A fin de determinar qué situaciones contempla este tercer párrafo, resulta claro que el despojo debe haber sido por lo menos anterior al reconocimiento de los derechos, pero no hay límite de tiempo respecto del surgimiento de los reclamos.⁴⁹⁰ De lo que se trata es de no consolidar, por el paso del tiempo, posesiones originadas en la violación de derechos y en las situaciones de injusticia y discriminación sufridas históricamente por los pueblos indígenas.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en

488 Caso 12.053, resolución del 20 de octubre del 2000 (informe anual año 2000 de la C.I.D.H.).

489 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 122.

490 Tomei y Swebston, *Guía...*, pág. 19.

establecer que *“la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”*, ya que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas se mantiene, aún a falta de título legal, cuando han salido o perdido la posesión por causas ajenas a su propiedad, mientras se mantengan los lazos espirituales con sus tierras.⁴⁹¹ Es por esto que la determinación y el relevamiento de la ley 26.160 incluyen a estas situaciones.

El párrafo impone que se establezcan procedimientos “adecuados” para “solucionar las reivindicaciones” y obliga tanto al Estado nacional como a las provincias (que son las que tienen atribuciones sobre la mayor parte de las tierras despojadas). Hay una variedad de situaciones y en algunos casos los procedimientos administrativos o judiciales podrían resultar adecuados en la medida en que se atienda a los derechos de los reclamos, se aplique con conocimiento el derecho internacional y no se considere a su solución como una decisión discrecional del Estado. De no haber recursos judiciales adecuados, cabría el reclamo por la vía del amparo ya que así lo garantiza el artículo 43 de la Constitución. Los procedimientos administrativos, por otra parte, deben establecerse mediante mecanismos de consulta con los pueblos indígenas (artículo 6), pudiendo cuestionarse su validez si no prevén las necesarias vías de diálogo.

La solución implica un cierre del conflicto que requiere un acuerdo entre los reclamantes y el Estado. De lo contrario no sería una “solución”. La norma tiene como base la circunstancia de que los sistemas jurídicos nacionales no suelen reconocer que existe un derecho de los pueblos indígenas a que sus reivindicaciones encuentren procedimientos participativos para ser solucionadas. En consecuencia, los procedimientos deben estar orientados a producir posibilidades reales de devolución de las tierras, de entrega de nuevas tierras o de compensación por su pérdida.⁴⁹²

491 Caso “Sawhoyamaxa”, párrafos 128 y 131. Ver el capítulo referido a la Comisión y Corte Interamericanas.

492 Ver comentario al artículo 16 del Convenio.

Recursos. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 8.

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

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

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 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 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.

Los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales

En el derecho estatal argentino, los recursos naturales tienen diferentes regímenes legales. La propiedad de la tierra conlleva también la de algunos recursos (como los provenientes de la ganadería, agricultura, forestación y canteras), aunque

su gestión puede estar sujeta a diferentes grados de reglamentaciones y restricciones administrativas. En otros casos, es el Estado el propietario de tales recursos (como el subsuelo o los bienes de dominio público), y en otros supuestos minoritarios se trata de bienes vacantes (como los enjambres de abejas o animales no domesticados). Obviamente, el alcance de la propiedad indígena sobre sus recursos en ningún caso podría ser inferior al establecido para la generalidad de los habitantes.

Sin embargo, la especial protección constitucional e internacional de los pueblos indígenas y el carácter público de su propiedad imponen un conjunto de normas relativas a los recursos naturales que no guardan semejanzas con las del derecho privado y que tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas, ya que, como lo ha dicho el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial “*en muchas regiones del mundo... los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada*”.⁴⁹³

Es que el principal fundamento de estos derechos no se encuentra sólo en la “propiedad”, con sus resonancias de derecho privado, sino en la libre determinación. El artículo 1 común a los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos (ambos incorporados a la Constitución Nacional) establece que “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 del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.⁴⁹⁴ Es con este alcance que deben interpretarse los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales.

Es en ese sentido que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos, así como su protección a una existencia colectiva diferente, resultan de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Por ello, el Comité ha exhortado a los estados a que “*reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales*”.⁴⁹⁵

Así lo ha receptado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Saramaka” al señalar que “*los Estados deben respetar la especial*

493 Recomendación general XXIII (1997).

494 Los subrayados nos pertenecen.

495 Recomendación general XXIII (1997). Ver MacKay, *Los derechos de los pueblos indígenas...*, pág. 28.

*relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica*⁴⁹⁶. *Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente*⁴⁹⁷. Sostuvo también que “*El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas*⁴⁹⁸. *Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán ‘provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural’ y pueden ‘disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales’ para que no se los prive de ‘sus propios medios de subsistencia’*”⁴⁹⁹.

496 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), 28 de noviembre de 2007, párrafo 91. La cita de la Corte dice lo siguiente: “Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párrs. 118-121, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que ‘la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas’), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (poniendo énfasis en que ‘los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.’)”.
497 *Idem*.

498 *Idem*, párrafo 93. La cita de la Corte dice lo siguiente: “Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la ‘situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto’.”
499 *Idem*.

Además la Corte señaló que “*el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que ‘no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría*”⁵⁰⁰”.⁵⁰¹

En resumen, la Corte decidió “*que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio ‘que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí’ y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales*” (*supra* párrs. 85-96)⁵⁰²”.⁵⁰³

El artículo 15 del Convenio consta de dos partes. La primera, establece el principio general aplicable a todos los recursos naturales. La segunda, se refiere específicamente a aquellos recursos sobre los cuales, pese a hallarse en territorios indígenas, el Estado mantiene algún tipo de derechos.

De acuerdo al primer párrafo, deben protegerse especialmente los derechos

500 *Idem*, párrafo 94. La cita de la Corte dice lo siguiente: “ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrs. 1 y 3.2”.

501 *Idem*.

502 *Idem*, párrafo 120. La cita de la Corte dice lo siguiente: “La Corte también toma nota que la Comisión Africana, así como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur han declarado que los derechos de las comunidades indígenas a las tierras deben ser entendidos de manera tal que incluyan los recursos naturales que allí se encuentren. Sin embargo, la Comisión Africana y la Corte Suprema de Canadá han observado que tales derechos no son absolutos, y que pueden ser restringidos bajo ciertas condiciones. Cfr. Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párrs. 42, 54 y 55, y *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201. La Corte Constitucional de África del Sur, citando una ley interna que requería la devolución de tierras a dueños que habían sido desposeídos de éstas por políticas racialmente discriminatorias, sostuvo el derecho de un pueblo indígena a los recursos minerales que se encontraban en tales tierras. Cfr. *Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903 (14 de octubre de 2003), párr. 102.”

503 *Idem*.

de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. La discusión preparatoria da cuenta de que se encuentran comprendidos todos los recursos naturales, tanto renovables como no renovables,⁵⁰⁴ es decir, la flora y fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el subsuelo, el ambiente, la madera, la pesca y los recursos genéticos aludidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica,⁵⁰⁵ entre otros.

Estos derechos son los que resultan necesarios para conservar, mantener y reproducir colectivamente su modo de vida. Por ello incluyen el derecho de “participar en la utilización, administración y conservación” de todos los recursos naturales existentes “en sus tierras”. Con la expresión “sus tierras” se alude a las mencionadas en el artículo 14 del Convenio, comprendiéndose aquellas “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Estos derechos no dependen de que el Estado previamente reconozca la propiedad de las tierras y territorios. Si así fuera, el Estado se beneficiaría de su propio incumplimiento, lo que es violatorio de principios jurídicos básicos. Por el contrario, como lo ha resuelto la Corte Interamericana, la ausencia de demarcación y titulación incrementa la protección jurídica sobre las tierras y territorios indígenas, de modo que mientras no se reconozcan y delimiten, el Estado está inhibido de utilizar los recursos naturales si no cuenta con el previo consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas involucrados.⁵⁰⁶ Este es también el sentido del artículo 2º de la ley 26.160.⁵⁰⁷

Recursos esenciales

Con la expresión genérica “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras”, del artículo 15, el Convenio omite profundizar en el contenido de tales derechos y en su lugar establece un régimen mínimo de participación en la utilización, administración y conservación de los recursos. Este sistema tiene como objetivo asegurar el acceso a los recursos y la supervivencia de los pueblos indígenas. Por ello, debe protegerse la existencia de dichos recursos y las prácticas tradicionales indígenas de utilización, gestión y preservación.⁵⁰⁸

504 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 107.

505 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 56.

506 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafo 194.

507 Ver comentario al artículo 14 del Convenio.

508 O.I.T., *Un manual...*, pág. 36.

Ha sido la evolución posterior de los derechos humanos de los pueblos indígenas, la que ha permitido mayores precisiones respecto del alcance de los derechos sobre los recursos naturales.

En primer término, como se señaló en el párrafo anterior, el fundamento normativo de tales derechos se encuentra en la libre determinación y en la preservación y mantenimiento de la identidad colectiva, tal como aparece explícitamente en la Declaración y lo han señalado el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la O.I.T.

Es por ello que, en primer término, los recursos naturales que se encuentran protegidos son aquellos que los pueblos han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida.⁵⁰⁹

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según lo establecido en los casos “Yakye Axa” y “Sawhoyamaxa”, *“los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”*⁵¹⁰. *De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”*.⁵¹¹

Por tal motivo, ninguna restricción puede implicar una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del pueblo como tal. En consecuencia, el Estado sólo podrá restringir el uso y goce de los pueblos indígenas respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y de los recursos naturales que se encuentren en éstas, cuando, luego de un

509 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafo 122. Con cita de los casos “Yakye Axa”, párrafos 124 y 137 y “Sawhoyamaxa”, párrafos 118 y 121.

510 *Idem*, párrafo 121 (el subrayado nos pertenece). La cita de la Corte dice lo siguiente: “Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párr. 118.”

511 *Idem*.

adecuado procedimiento de consulta,⁵¹² se haya determinado que la restricción no implica una denegación de su relación continua con el territorio y la cultura.

De acuerdo con la Corte Interamericana, además, deben cumplirse los recaudos genéricos para las restricciones de derechos establecidos en la Convención Americana: a) que hayan sido previamente establecidas por ley;⁵¹³ b) que sean necesarias; c) que sean proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁵¹⁴ Adicionalmente, como se señalará más adelante, deberán establecerse las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados, y en el caso de las actividades económicas, también el régimen de participación indígena en la gestión y en los beneficios.

La falta de cualquiera de estos recaudos implica que la restricción sobre los derechos a los recursos naturales sólo podrá ser válida si cuenta con el previo consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas.

Derecho a la consulta

El segundo párrafo del artículo 15 se refiere a los recursos naturales que de acuerdo al derecho estatal anterior al Convenio 169, no pertenecen al propietario del suelo. Se trata de un caso especial del derecho de consulta establecido en el artículo 6, a cuyo comentario nos remitimos. Su tratamiento especial se justifica por la vulnerabilidad que ha presentado la cultura indígena frente a estos supuestos, especialmente en relación con las industrias extractivas.

Aplicada al derecho argentino, la norma hace referencia a las minas

512 Ver comentarios al artículo 6 del Convenio y las referencias a la consulta en el párrafo que sigue.

513 En su Opinión Consultiva OC 6/86 la Corte ha aclarado que “*la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*”, lo que excluye a los reglamentos de órganos que no forman parte de los poderes legislativos.

514 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafo 127 con citas de los casos “Yakye Axa”, párrafos 144-145 “citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155.”, también, caso “Sawhoyamaxa”, párrafo 137.

de primera y segunda categoría, a los hidrocarburos, a las aguas y a los demás “recursos naturales”, diferentes de la tierra.⁵¹⁵ En consecuencia, los regímenes de minería e hidrocarburos, aguas y otros bienes de dominio público, quedan afectados por el Convenio y severamente limitados a los casos que éste permite su aplicación y mediante los procedimientos que establece.

En relación a estos recursos, cabe hacer la esencial distinción realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Saramaka”. Allí la Corte estableció que “*aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida*” de los pueblos indígenas se hallan directamente alcanzados por el derecho de propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana,⁵¹⁶ cualquiera sea el régimen legal interno del Estado. Esto tiene especial relevancia en el caso de las aguas, cuya utilización y conservación mediante prácticas tradicionales constituye en la mayoría de los casos un elemento esencial de la cultura comunitaria, y en consecuencia, salvo supuestos excepcionales, no se halla alcanzada por la legislación general ni puede incluirse dentro de los “otros recursos existentes en las tierras” mencionados en el artículo 15, y el Estado sólo puede restringir los derechos comunitarios previo consentimiento libre e informado de los pueblos involucrados.

La Corte además atendió la situación de los recursos, que los pueblos indígenas “*no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida*”.⁵¹⁷ Estos son los casos, especialmente comunes de las actividades mineras o hidrocarburíferas, tenidos en mira al redactarse el artículo 15 del Convenio 169.⁵¹⁸

Además de lo establecido en el párrafo primero del artículo, la potestad de decisión estatal está condicionada por los siguientes requisitos: 1) Consulta previa y permanente, 2) afectación no esencial de los derechos de los pueblos indígenas, 3) participación en los beneficios, y 4) indemnización plena.

La consulta debe realizarse del modo establecido en el artículo 6 del Convenio con miras a lograr un acuerdo.⁵¹⁹ En el comentario a dicho artículo se han desarrollado los principios generales acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, tal como están actualmente establecidos en el derecho internacional.

515 La propiedad y posesión sobre tierras y territorios no se encuentra incluida en las limitaciones de este artículo.

516 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafo 122.

517 *Idem*, párrafo 155.

518 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 77; Swepston y Tomei, *Guía...*, pág. 20.

519 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 44.

Allí se señaló que la consulta debe realizarse con carácter previo, que no se agota con la mera información, que debe ser de buena fe dentro de un procedimiento que genera confianza entre las partes, que debe ser adecuada y hecha a través de las instituciones representativas indígenas, que debe ser sistemática, transparente y tener un alcance amplio a todas las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas.⁵²⁰ Se remite a ese comentario.

La responsabilidad de realizar y garantizar el adecuado procedimiento de consulta es del Estado, no de las empresas o instituciones privadas que hayan recibido la licencia para llevar adelante la prospección o explotación.⁵²¹ Como todas las cuestiones relativas a los pueblos indígenas, se trata de relaciones de derecho público entre éstos y el Estado, que no pueden dejarse en manos de intereses particulares. Es el Estado quien tiene la obligación positiva consistente en adoptar todas las medidas especiales que garanticen a los pueblos indígenas el pleno ejercicio de su derecho a los territorios que tradicionalmente han utilizado y ocupado.⁵²²

Como fuera señalado en el análisis del artículo 6 del Convenio, la consulta debe ser realizada con las autoridades que los propios pueblos indígenas determinen, ya que el respeto a las instituciones representativas de la generalidad de los pueblos indígenas resulta de los artículos 4 y 5. La Corte Interamericana ha señalado claramente que no le corresponde al Estado establecer cuáles son estas autoridades. Requerida por el Estado de Surinam, la Corte aclaró expresamente que la decisión acerca de quién debe ser consultado *“debe ser adoptada por el pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. El pueblo Saramaka comunicará al Estado quién o quienes deben ser consultados, dependiendo del asunto que así lo requiera”*.⁵²³

El objetivo de la consulta es garantizar el resguardo de los derechos de los pueblos indígenas mediante la evaluación previa de las actividades a realizar en sus territorios y, en caso de que éstas sean posibles, su posterior participación en la utilización, administración y mantenimiento de los recursos.

El procedimiento debe ser previo a la autorización estatal para realizar

520 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”.

521 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 107.

522 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Saramaka”, sentencia de interpretación del 12 de agosto de 2008, párrafo 33.

523 *Idem*, párrafo 22.

cualquiera de las actividades (programas de prospección, licitación, explotación). Como los derechos son preexistentes, la protección establecida alcanza a las actividades en curso, de modo que toda modificación de la situación requiere el cumplimiento de esta norma.⁵²⁴

La consulta previa debe estar acompañada de los estudios de incidencia ambiental y cultural realizados conjuntamente con los pueblos indígenas, tal como lo establece el artículo 7 del Convenio,⁵²⁵ ya que según dicho artículo “los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades”.

Tales estudios servirán para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre las tierras y territorios, así como sobre la vida de los pueblos indígenas. El objetivo de dichos estudios, ha sostenido la Corte Interamericana, no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los pueblos *“tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”*.⁵²⁶

En la sentencia de interpretación del caso “Saramaka”, la Corte Interamericana ha precisado que los estudios de impacto social y ambiental (EISAs) *“deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”*⁵²⁷, *y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo Saramaka. Conjuntamente con los referidos estándares y buenas prácticas, la Sentencia [de fondo] establece que los EISAs deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser informado acerca*

524 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 20. También el Informe del Comité de la O.I.T., establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169, presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (F.T.C.C.) en el año 2005.

525 Thornberry, *Indigenous peoples...*, pág. 356.

526 Caso “Saramaka” (sentencia de interpretación), párrafo 40.

527 *Idem*, párrafo 41. La cita de la Corte dice lo siguiente: “Uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-pdf.”

*de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, los EISAs deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Finalmente, uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”.*⁵²⁸

Dichos estudios deben establecer el nivel de impacto, el cual no puede negar la capacidad de los miembros del pueblo indígena para sobrevivir como tales.⁵²⁹ Esta supervivencia debe ser entendida como la capacidad de “*preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio*”,⁵³⁰ de tal forma que puedan “*continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas*”.⁵³¹ Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física.⁵³²

Por ello, cuando se trata de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de los pueblos indígenas a gran parte de sus territorios, **la salvaguarda de participación efectiva debe entenderse requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo**, prestado según sus costumbres y tradiciones, tal como lo ha resuelto la Corte Interamericana.⁵³³ Mucho menos, la actividad puede resultar incompatible con la permanencia indígena en las tierras, pues ello supondría un traslado forzoso, que se halla expresamente prohibido por el artículo 16 del Convenio (la explotación de los recursos no se encuentra entre los casos de excepción previstos en ese artículo).

Derecho a la participación y a la indemnización

Cuando las actividades puedan ser realizadas sin afectar la identidad

528 *Idem.*

529 *Idem*, párrafo 42.

530 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafos 91 y 129.

531 *Idem*, párrafo 121.

532 Caso “Saramaka” (sentencia de interpretación), párrafo 37.

533 Caso “Saramaka” (sentencia de fondo), párrafo 137.

y supervivencia cultural de los pueblos indígenas, éstos continuarán siendo consultados de modo permanente a lo largo de todo el proceso. El artículo 15, dice la O.I.T., “*debe leerse conjuntamente con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten*”.⁵³⁴

El derecho a participar en su “utilización, administración y conservación” constituye una forma de implementar la “participación en la gestión” a que alude el texto constitucional (artículo 75 inciso 17). Tales derechos comprenden a los recursos mencionados en el párrafo segundo del artículo y en todos los casos las normas reglamentarias deben elaborarse con la participación indígena (artículo 6 del Convenio).

Participar en la utilización de los recursos implica que los pueblos indígenas deben tener acceso a su uso, como mínimo en la extensión en que sea requerido para el mantenimiento de su cultura y la preservación de sus formas de vida. La participación en la administración se refiere al control y toma de decisiones respecto a dichos recursos. La norma está íntimamente relacionada con el artículo 7 que establece el derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades de desarrollo.

Participar en la conservación conlleva tanto el derecho a oponerse al agotamiento de los recursos como el derecho a gestionar conjuntamente con el Estado las acciones conservacionistas que éste emprenda (como por ejemplo en los parques nacionales). A este respecto y en relación a los recursos genéticos el artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica establece que cada Estado “respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

El Convenio 169 establece además el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten tales actividades, tal como también lo resolvió la Corte Interamericana en el caso “Saramaka”.⁵³⁵ El Convenio dice “siempre que sea posible”, pero el sentido de esta referencia no es establecer un permiso al Estado para negar la participación alegando algún tipo de “imposibilidad”, sino que ésta debe fundarse en la falta de organización indígena para llevarla a cabo

534 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 108.

535 Sentencia de fondo, párrafo 140.

o en la voluntad indígena libremente manifestada en contrario. Ello resulta claro al observarse que los recursos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 15 del Convenio también se encuentran comprendidos entre aquellos sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derecho de participación (primer párrafo del artículo 15 y artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional).

El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha entendido que no sólo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también para “*garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa*”.⁵³⁶ Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “*los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios*”.⁵³⁷

Por último, la indemnización por los perjuicios ocasionados debe ser establecida en todos los casos de daño y debe ser integral, incluyendo los perjuicios civiles, ambientales y culturales. *Los pueblos* son sujetos con derecho a indemnización, concepto que es más amplio que las comunidades directamente afectadas, ya que el daño ocasionado puede perjudicar la vida colectiva del pueblo indígena en su conjunto. La determinación monetaria requiere un procedimiento judicial en caso de desacuerdo y el pago con carácter previo, al menos de una estimación provisoria (ya que se trata de derechos incluidos en la protección a la propiedad que establece el artículo 17 de la constitución). Como no se trata de un “precio” que habilite a causar daño, es prioritaria la remediación del daño sobre la indemnización monetaria.

Jurisprudencia

Se han citado extensamente algunos párrafos de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Saramaka”, tanto de la sentencia de fondo como de la sentencia de interpretación, ya que se trata de un verdadero *leading case* sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos.

Sin embargo, éstos en modo alguno han sido fallos aislados. Por el contrario,

⁵³⁶ CERD, Observaciones al informe de Ecuador, 2003, párrafo 16.

⁵³⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, , 21 de enero de 2003, párrafo 66.

el artículo 32 de la Declaración, receptado en aquella decisión⁵³⁸ y que establece de modo claro el alcance de tales derechos, recoge la evolución del derecho internacional en la materia, a cuya luz debe ser aplicado el artículo 15 del Convenio. La mayor parte de las resoluciones internacionales mencionadas por el Relator Especial de las Naciones Unidas en su informe sobre el derecho de consulta, citado en el comentario al artículo 6 del Convenio, se refieren a cuestiones que afectaban los derechos a las tierras, territorios y recursos.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ya en 1997 requirió de los estados el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas en relación al uso de sus recursos y a todas las decisiones que los afecten.⁵³⁹ En sus posteriores observaciones a los estados el Comité señaló que *“con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general XXIII del “Comité... El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”*.⁵⁴⁰ El CERD **ha puesto** énfasis en el derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento informado tanto en general como en conexión con actividades específicas, incluyendo la minería, las operaciones petroleras, la explotación maderera, el establecimiento de las áreas protegidas, las represas, las plantaciones agroindustriales, la reubicación, las adquisiciones obligatorias y otras decisiones que afectan el estatus de los derechos a las tierras y territorios.⁵⁴¹ Específicamente, respecto de la Argentina el Comité ha recomendado *“que el Estado instaure mecanismos adecuados, de conformidad con la Convención No. 169 de la OIT, para llevar a cabo consultas con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado”*.⁵⁴²

El Comité de Derechos Humanos también ha recomendado *“consultar con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto”*.⁵⁴³ En el reciente caso “Poma Poma”, el Comité consideró *“que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas,*

538 Sentencia de fondo, párrafo 131.

539 Recomendación XXIII (1997).

540 Observaciones al informe de Ecuador, 2003, párrafo 16.

541 MacKay, *Los derechos...*, págs. 35-36 y las decisiones del CERD allí citadas.

542 CERD, Examen..., párrafo 26.

543 CDH, Observaciones al informe de Chile, 2007, párrafo 19.

*guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros”.*⁵⁴⁴

En cuanto a la O.I.T., mediante la Observación General sobre el Convenio 169, adoptada por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), cuyo contenido fuera detallado en el comentario al artículo 6 del Convenio del presente texto, se insta a los estados al cumplimiento de sus obligaciones mediante la inclusión del requisito de consulta previa en la legislación interna relacionada con la exploración y explotación de los recursos naturales.⁵⁴⁵ Ya con anterioridad, el Comité establecido para analizar una reclamación contra Colombia, se había expedido señalando las decisiones del gobierno colombiano incompatibles con el Convenio 169: 1) el decreto 1320 de 1998 que reglamentaba la consulta previa, adoptado sin un proceso de consulta con los pueblos indígenas, 2) la continuación de los trabajos de la carretera Troncal del Café, que afectaba a comunidades indígenas, luego de la entrada en vigor del Convenio 169 para Colombia, y 3) la concesión de una licencia petrolera en el territorio del pueblo indígena U'wa, sin previo proceso de consulta.⁵⁴⁶ Igualmente, se dictaminó la violación del Convenio 169 por parte de Ecuador por haber firmado un contrato para la explotación de hidrocarburos en el territorio de la Federación Independiente del Pueblo Shuar, sin haber consultado a dicho pueblo.⁵⁴⁷ Similar decisión se adoptó ante la expedición por Guatemala de renovación de licencias mineras, sin realizar el proceso de consulta.⁵⁴⁸

544 Caso “Poma Poma vs. Perú” (comunicación 1457/2006), dictamen del 24 de abril de 2009, párrafo 7.6. Con cita de los dos casos “Länsman vs. Finlandia” (comunicaciones 511/1992 y 1023/2001), dictámenes del 26 de octubre de 1994 y del 15 de abril de 2005, respectivamente.

545 O.I.T., Informe de la CEACR a la Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009, pág. 732.

546 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio 169, presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (C.U.T.) en 1999.

547 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio 169, presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (C.E.O.S.L.) en el año 2000.

548 O.I.T., Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio 169, presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (F.T.C.C.) en el año 2005.

En Argentina, la Corte Suprema, al revocar el rechazo a un amparo interpuesto contra permisos de deforestación otorgados por la Provincia de Salta, decidió que constituía un exceso de rigor formal sostener que la cuestión requería de mayor debate y prueba, puesto que a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente comprobar si el procedimiento de los actos impugnados contenía “*una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional*”.⁵⁴⁹ En otra oportunidad, la Corte, ante un amparo interpuesto por la inconsulta decisión gubernamental de desafectar como reserva natural territorios cuyos recursos naturales utilizaba una comunidad indígena, volvió a señalar la “*relevancia y delicadeza*” de la protección de los pueblos indígenas y que sus derechos deben interpretarse tomando como guía la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁵⁰ En el caso “Salas” la Corte ordenó, como medida cautelar, el cese de la tala y desmonte de bosques nativos en varios departamentos de la Provincia de Salta que había sido autorizada en violación, entre otras normas, del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.⁵⁵¹

En el ámbito provincial, el Tribunal Contencioso Administrativo de Jujuy condenó al Estado a dar cumplimiento “*con lo dispuesto en el art. 15 ap. 2 del Convenio 169 de la OIT incorporado a nuestra legislación vigente, dando obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas*”.⁵⁵²

La Corte de Justicia de Salta señaló que “*la tutela ambiental se integra con el derecho-deber que la Constitución Nacional, art. 75 inc. 17, otorga a las comunidades indígenas para que participen en la gestión referida a sus recursos naturales*”, por lo que resolvió “*ordenar a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable observar el pleno respeto y la aplicación de las normas vigentes en cuanto a la pluralidad étnica, atendiendo a la vez al patrimonio social y cultural, la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, información, consulta y participación de las Comunidades Originarias*”.⁵⁵³

549 Caso “Comunidad Hoktek T’Oi” (2002), Fallos: 325:1744.

550 Caso “Comunidad Eben Ezer” (2008), Fallos: 331:2119.

551 Caso “Salas” (2008), Fallos: 331:2925.

552 Autos “Andrade de Quispe y otros c/ Estado Provincial”, Tribunal Contencioso Administrativo de Jujuy, sentencia del 2 de mayo de 2006.

553 Autos “Comunidad Eben Ezer vs. Everest SA – Sec. De Medio Ambiente”, Corte de Justicia de Salta, sentencia del 21 de junio de 2007.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en el caso “Comunidad Mellao Morales”, decretó la prohibición de innovar en un expediente de concesión minera decidido sin proceso de consulta a la comunidad indígena involucrada. Dice el fallo que debe aplicarse el Convenio 169 *“que protege el derecho a la existencia colectiva, a la identidad cultural, a la propia institucionalidad y el derecho a la participación. En especial, en lo que ha sido erigido como sustento del pedido cautelar, nos remitimos al texto de los arts. 6.1.a, 6.2 y 15 –Derecho de consulta-. (...)Desde tan fuertes directrices, es que el Poder Judicial, actuando en consecuencia, debe proporcionar las medidas necesarias que, en protección a esos derechos, actúen como marco de garantía frente a la posibilidad de su lesión”*.⁵⁵⁴

También el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, en el caso “CODECI”, hizo lugar al pedido del organismo provincial con representación indígena y ordenó a las direcciones de Tierras y de Minería *“observar el pleno respeto y la aplicación de las normas en vigencia en cuanto a pluralidad étnica; respeto al patrimonio social y cultural; preservación de los recursos naturales y el medio ambiente; información, consulta y participación de las Comunidades originarias del área comprendida y sus aldeaño”*.⁵⁵⁵

554 Autos “Comunidad Mellao Morales c/ Corporación Minera del Neuquén S.E.”, Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, resolución interlocutoria del 28 de septiembre de 2009.

555 Autos “CO.DE CI. s/ Acción de amparo”, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, sentencia del 16 de agosto de 2005.

Traslados. 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 deberá 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 8.

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

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;

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.

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.

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.

Prohibición de desalojos

El párrafo modifica radicalmente el Convenio 107 y apunta a contener una larga historia de desalojos forzosos de los pueblos indígenas, especialmente para proyectos de desarrollo (hidroeléctricos y similares), planes de colonización interna y conflictos armados (las tres principales causas de traslados). El objetivo del artículo (como el de todo el Convenio) es asegurar la autonomía de los pueblos indígenas frente a las decisiones de los estados. Por ello, señala como principio general la prohibición de desalojos y traslados.⁵⁵⁶ El desplazamiento de sus territorios, dice la O.I.T., tiene graves consecuencias para la forma de vida, el bienestar y la identidad cultural de muchos pueblos indígenas.⁵⁵⁷ Además de garantizar la preservación cultural la norma constituye una manifestación del derecho de residencia (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).⁵⁵⁸ En el mismo sentido, Thornberry considera que se trata del derecho humano “a permanecer”.⁵⁵⁹

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que la práctica de los “desalojos forzosos” es violatoria del derecho a la vivienda establecido en el art. 11 del Pacto, y define a dicha práctica como: *“el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. (...) Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos o grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos”*.⁵⁶⁰

El mismo Comité ha señalado que la dimensión colectiva que asume la salud en los pueblos indígenas lleva a que *“las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica*

556 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 121.

557 O.I.T., *Un manual...*, pág. 44.

558 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 56.

559 Thornberry, *International Law...*, pág. 360.

560 Comité D.E.S.C., Observación general N° 7 (1997).

*con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”.*⁵⁶¹

La prohibición puede ser opuesta frente a las demandas de reivindicación o desalojo pues incluye a todas las tierras que los pueblos indígenas “ocupan”, aún cuando sus títulos no hayan sido reconocidos por el Estado.⁵⁶² Debe entenderse además en un sentido amplio, incluyendo la reducción de los territorios en un modo que impida respetar su función (artículo 13 del Convenio), y abarcando a las tierras que no se ocupan de modo continuo o exclusivo.⁵⁶³

La prohibición abarca especialmente las “órdenes provisionales de desahucio” dictadas por los tribunales sin sustanciación con los afectados y que no pueden ser suspendidas, “de tal manera que todo derecho de recurso carece de sentido y en realidad las órdenes de desalojo temporal adquieren carácter permanente” en violación de las directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecidas en sus Observaciones generales números 4 y 7.⁵⁶⁴ En la última de ellas el Comité ha determinado que entre las garantías procesales se encuentran el plazo razonable de notificación y la previa consulta a las personas afectadas.⁵⁶⁵ Esta prohibición implica la inconstitucionalidad de las normas procesales locales que permiten a los jueces adoptar órdenes de desalojo sólo con la prueba aportada por el demandante.⁵⁶⁶ La gravedad de las órdenes de desalojo dictadas de ese modo ha llevado al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a solicitar a la Argentina que “investigue eventos recientes de desalojos de pueblos indígenas, sancione a los responsables y compense a los afectados”.⁵⁶⁷

Circunstancias excepcionales

No obstante la prohibición general del primer párrafo, el Convenio contiene excepciones. Estas se hallan reglamentadas de un modo que excluye totalmente la aplicación del régimen de la expropiación pública a los territorios indígenas.

561 Observación general N° 14 (2000).

562 Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Bariloche (Río Negro) en autos “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ Desalojo”, sentencia del 12/8/2004.

563 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 21.

564 Gialdino, Rolando; “Los desalojos y los derechos humanos”, Revista La Ley, 26 de febrero de 2010, Buenos Aires, 2010, con cita de las Observaciones finales del Comité al informe de Japón (2001).

565 Comité D.E.S.C., Observación general N° 7 (1997)

566 Como el artículo 616 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

567 CERD, Examen..., párrafo 26.

A diferencia del Convenio 107, que permitía los traslados por razones de seguridad nacional, desarrollo económico o salud, el nuevo texto sólo menciona como posibilidad que “excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios” y establece procedimientos rigurosos para determinarlo. Los antecedentes del Convenio ilustran claramente que dentro de la *necesidad* no se encuentran decisiones estatales como los proyectos de desarrollo económico que eran una de las principales causas utilizadas de acuerdo al texto anterior, pues precisamente ésa fue la situación que se decidió modificar.⁵⁶⁸ En primer lugar, el apartado 3 del artículo aclara que la *necesidad* debe estar motivada en “causas”. Estas fueron ejemplificadas como peligros extremos para la salud, catástrofes naturales, guerras, epidemias y riesgos inminentes de vida.⁵⁶⁹ Así, la mención a *causas* utiliza un lenguaje de las ciencias naturales que alude a acontecimientos externos. No se considera *causa* a una decisión estatal motivada en proyectos de desarrollo.

Consentimiento libre e informado

El segundo párrafo establece que además de considerarse necesarios, el traslado y la reubicación sólo podrán efectuarse con el “consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” por parte de los pueblos indígenas. Este recaudo, que es el requerido en los foros internacionales por las representaciones indígenas para informar con carácter general sus relaciones con los estados,⁵⁷⁰ obliga a éstos a proporcionar los medios para que dicha voluntad sea formada con toda la información necesaria.⁵⁷¹ “*Es un corolario esencial del derecho de libre determinación. Requiere que los pueblos indígenas reciban toda la información necesaria sobre la cual basarse para llegar libremente a una decisión sobre las ventajas y las desventajas de permitir que el Estado se comprometa en cualquier actividad que pudiera tener un impacto sobre sus derechos e intereses. Reconoce que los pueblos indígenas pueden por derecho rechazar o vetar las acciones del Estado con las que éstos están en desacuerdo*”.⁵⁷² Para el manual de la O.I.T., “consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa” significa “*que los pueblos indígenas y tribales deben comprender cabalmente el sentido y la consecuencias del desplazamiento sobre el cual han de manifestar su acuerdo y aceptación*”.⁵⁷³

568 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 78.

569 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), págs. 45 a 49. En el mismo sentido, Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 357, aludiendo a circunstancias en que los territorios no resulten seguros.

570 Mackay, *Los derechos...*, pág. 74.

571 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 58.

572 Mackay, *Los derechos...*, pág. 74.

573 O.I.T., *Un manual...*, pág. 44.

El consentimiento requerido es “de los pueblos”, de modo que la negociación debe ser ineludiblemente colectiva ya que no se trata de un simple derecho de propiedad individual sobre una parcela de tierra por parte de cada miembro de la comunidad, sino de una relación comunitaria, en tanto el vínculo con la tierra reviste una importancia especial para la supervivencia cultural. Como la enajenación individual puede perjudicar los valores colectivos, el Convenio se inclina explícitamente por la supervivencia cultural que implica la preeminencia de la voluntad común en cuanto al mantenimiento de la tierra (en el mismo sentido el artículo 17 y la inenajenabilidad establecida en la Constitución).

Procedimiento contencioso

En el caso de que los estados no obtengan el consentimiento indígena sólo pueden realizar el traslado y la reubicación excepcionales luego de “procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional” que deben garantizar a los pueblos indígenas la posibilidad de ser oídos, ofrecer pruebas, criticar la prueba del Estado y obtener una decisión fundada y razonable. La representación indígena es colectiva, no debe ser puramente formal ni puede suplirse con la citación individual de los afectados porque ello violaría los aspectos colectivos de la tierra (artículo 13 del Convenio). Las organizaciones representativas generales de los pueblos indígenas tienen personería para ser tenidos por parte en el procedimiento (artículo 12 del Convenio).

El artículo no dice si dichos procedimientos son jurisdiccionales o deben estar sujetos a revisión judicial, pero este control se impone en el derecho interno porque a diferencia de la declaración de “utilidad pública”, en la que el Estado cuenta con amplio margen de apreciación, el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas sólo pueden tener naturaleza excepcional y carácter necesario.

Derecho a retornar

El tercer párrafo establece el derecho de los pueblos trasladados a regresar “en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación”. La norma, que no estaba en el proyecto original, tiene la finalidad de controlar la invocación de falsas causas para el traslado y evitar la desposesión de la tierra, como ha sido común en muchas ocasiones. El derecho a retornar es una consecuencia del carácter excepcional y temporal de los traslados.⁵⁷⁴ Según los expertos de la O.I.T.

574 *Idem*, pág. 48.

esta situación debe estar prevista en las condiciones del traslado.⁵⁷⁵

El apartado 4 se refiere a la imposibilidad de retorno. El texto deja en claro que se trata de una imposibilidad de hecho que alude a la persistencia de las causas que originaron el traslado y que su acreditación, en ausencia de acuerdo, está a cargo de los estados mediante procedimientos adecuados. Tales procedimientos deben ser establecidos por ley (apartado 2 y artículo 30 de la Convención Americana), requieren el respeto del derecho de defensa y la garantía de recurso jurisdiccional en caso de que se tramite ante instancias administrativas. El término “adecuados” remite a una decisión imparcial y razonable a la que se arriba luego de dar lugar a la oportunidad de ser oído y ofrecer prueba.

Si mediante los referidos procedimientos se establece la imposibilidad del retorno, los estados deberán entregar “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente”. Dichas tierras deberán permitir “subvenir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”, lo que implica que deberán ser equivalentes en todo sentido a aquellas que se dejaron, con las características que permitan mantener las prácticas sociales, económicas y culturales anteriores (artículo 13 del Convenio) incluyendo la calidad, similitud y cercanía física.⁵⁷⁶ es decir “ecológicamente equivalentes”.⁵⁷⁷ Sólo en caso de que ello “no sea posible” el Estado puede entregar tierras diferentes. La imposibilidad debe ser probada por el Estado y debe originarse en la inexistencia de tierras similares, ya que de haberlas, el Estado cuenta con recursos jurídicos para entregarlas (llegando incluso a la expropiación de sus titulares) puesto que no puede alegar una disposición de derecho interno para evitar el cumplimiento de compromisos internacionales. El concepto de “reubicación” ligado al de “traslado” muestra que se trata de una situación por entero diferente al instituto de la expropiación ya que no sólo se limitan los motivos a situaciones originadas fuera del campo de las decisiones estatales sino que además se establecen los recaudos necesarios para la supervivencia cultural en cuanto a la relación con las tierras y territorios.

La entrega de las tierras debe ser colectiva, tal como surge del cambio en la denominación del titular del derecho que en el nuevo convenio son *los pueblos* y en el anterior *los interesados*. Obviamente, los pueblos pueden optar por un estatuto jurídico diferente si así lo desean libremente y con conocimiento informado, ya que se trata de una norma de protección que no puede perjudicarlos en contra de sus aspiraciones. “*La expresión ‘estatuto jurídico’ implica que los pueblos interesados deben tener sobre sus nuevas tierras derechos que sean por lo menos iguales a los*

575 Tomei y Swepston, *Guía...*, págs. 21 y 22.

576 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 48.

577 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 57.

derechos que tenían sobre las tierras de las que pueden ser trasladados".⁵⁷⁸

Indemnizaciones

El artículo prevé, por último, el derecho de los pueblos indígenas a percibir indemnizaciones en dos casos: 1) Indemnización por pérdidas o daños ocasionados por el traslado y la reubicación, y 2) Indemnización sustitutiva de nuevas tierras, con carácter opcional por parte de los pueblos.

La indemnización por "cualquier pérdida o daño" está establecida en el párrafo 5. Incluye gastos de traslado, formación de poblados con todos los servicios y compensación de todo perjuicio producido por la diferencia de valor o calidad de las tierras recibidas.

La indemnización es de carácter individual, de allí que se establezca que ella es debida "a las personas". La propuesta de la central de trabajadores canadiense era titularizar a los pueblos y sus miembros pero ello fue desestimado.⁵⁷⁹ Sin embargo, no puede desecharse que los daños colectivos (como el cultural) sean indemnizados a los pueblos o a las comunidades, ya que ello resulta de los principios generales.

La indemnización sustitutiva de la entrega de nuevas tierras está establecida en el final del apartado 4 y los estados están obligados a darla si los pueblos indígenas optan por ella. La decisión de preferirla es colectiva (el Convenio 107 decía "los interesados", lo que daba pie a que cada individuo pudiera decidir por sí acerca de aspectos colectivos, tal como se hizo en Chile durante la dictadura militar, fragmentándose la propiedad comunitaria y afectándose gravemente la identidad cultural indígena). La opción está exclusivamente en manos de los pueblos indígenas y no puede ser establecida por el Estado. La decisión indígena no se encuentra condicionada (como lo estaba en el Convenio 107) ya que las prioridades son evaluadas por los propios pueblos. Canadá había propuesto el pago cuando "no fuera posible" la entrega de tierras (lo que ponía la decisión parcialmente en manos de los gobiernos) pero ello fue desechado.⁵⁸⁰ Los mecanismos internos de decisión corresponden a las instituciones de cada pueblo.

La referencia a que la indemnización deberá otorgarse "con las garantías apropiadas", en nuestro derecho interno significa que el pago debe ser realizado antes del traslado, tal como resulta del artículo 17 de la Constitución.

578 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 48.

579 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 61.

580 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 45.

Transmisión de la propiedad. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 26.

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.

Transmisión de derechos

De acuerdo al Convenio, los pueblos indígenas tienen derecho a transmitir las tierras de generación en generación, de conformidad con sus propias costumbres.⁵⁸¹ El apartado 1 del artículo establece la vigencia de las “modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra” que los pueblos indígenas establezcan internamente. La norma determina la preeminencia del derecho indígena por sobre el código civil y es un caso especial del artículo 8 ya que impone el respeto a las propias instituciones en un tema particularmente importante para la identidad cultural como es la relación con la tierra.

Ello trae como consecuencia el reconocimiento de derechos reales diferentes a los de la legislación civil. Cabe aclarar, de todos modos, que debe tomarse con cuidado la aplicación del concepto “derechos reales” a las instituciones propias indígenas, ya que las tierras indígenas participan de las características de los bienes de dominio público.⁵⁸²

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen: el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes*”.⁵⁸³

La propiedad colectiva indígena tiene diferentes facetas. Frente al Estado o a los extraños, la propiedad es indivisible y comunitaria, protegida por el artículo 17 de la constitución y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Internamente a los pueblos, los derechos sobre la tierra son diversos y pueden ser diferentes en cada cultura indígena y en cada región, adaptables a las características del lugar, de modo que la propiedad comunitaria no siempre excluye la individualización interna de derechos. Existe el uso propio, compartido o

581 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 97.

582 Highton, “El nuevo derecho...”, pág. 310.

583 Informe 75/02, caso “Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos” (apartado 130).

común, variando incluso por épocas del año, siendo comunitaria la regulación. Esta complejidad debe desechar toda intención de establecer una legislación nacional especial para los derechos internos de los pueblos indígenas. Precisamente, lo que impone el Convenio es el respeto a las modalidades propias. Este es un derecho de los pueblos que también obliga a los funcionarios a conocer o indagar sobre las características culturales propias de cada pueblo.⁵⁸⁴

Las “modalidades de transmisión” deben ser propias, “establecidas por dichos pueblos”. No se distingue entre reglas recientes y costumbres ancestrales ya que se eliminó el recaudo contenido en el Convenio 107 de que las modalidades propias estuvieran “establecidas por las costumbres”. Los pueblos indígenas son dueños de modificar internamente sus instituciones sin que ello les ocasione una disminución de su protección jurídica.

Los *derechos sobre la tierra* aludidos en el artículo, son todas las atribuciones que utilizan internamente los pueblos, tanto individuales como familiares y colectivas. En el proyecto se decía “propiedad, posesión y goce”, pero la redacción final prefirió dejar abierta la determinación a las características de cada pueblo. El respeto a las modalidades propias abarca a las normas comunitarias de distribución del uso e incluye las propias reglas hereditarias.⁵⁸⁵ Es especialmente relevante, dice la Dra. Highton, “*la derogación del régimen de sucesión del Código Civil para las tierras indígenas*”.⁵⁸⁶ El alcance de la norma (“entre los miembros de los pueblos”) va más allá del régimen interno de cada comunidad pues garantiza también el respeto a las modalidades propias de transmisión de derechos entre comunidades e incluso entre pueblos.

Capacidad de enajenación

El origen del segundo apartado se encuentra en la Recomendación 104 (artículo 5) que requiere restricciones jurídicas al arrendamiento e hipoteca de tierras indígenas. La redacción es el resultado intermedio entre las posturas de quienes deseaban que quedara establecida la inenajenabilidad e inembargabilidad de las tierras indígenas y quienes sostenían que ello quedaba librado a la legislación nacional. El texto final resulta una aplicación especial del derecho de consulta establecido en el artículo 6, que por tratarse de las tierras se entendió que requería

584 Ver el comentario al artículo 8.

585 El derecho a la aplicación de las propias modalidades sucesorias fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Aloeboetoe vs. Surinam”, sentencia del 10 de septiembre de 1993, párrafo 62.

586 Highton, “El nuevo derecho...”, pág. 310.

una mención particular, ya que la intención es proteger de fraccionamientos y ventas que atentan contra la continuidad de las culturas indígenas.⁵⁸⁷ Las consultas son obligatorias ya se trate de la elaboración de leyes o reglamentos al respecto referidos no sólo la transmisión de derechos reales sino incluyendo arrendamientos, embargos y todo tipo de gravámenes (el proyecto se refería a “propiedad y usufructo”, pero fue expandido a toda intromisión de extraños a los pueblos.⁵⁸⁸

En el país la cuestión está zanjada por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución, el que establece que ninguna de las tierras indígenas será “enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. Aunque la disposición parece aludir a las atribuciones del Congreso, como se refiere al derecho a la propiedad indígena tales caracteres no dependen de que la entrega haya sido realizada o reconocida por el Estado, de modo que la protección especial a la propiedad territorial indígena alcanza a todas las tierras que dichos pueblos posean, incluso a aquellas que ocupen recientemente o se les haya entregado a cambio de otras, ya que todas deben tener igual status jurídico (artículo 16). El artículo 26 de la Declaración alude expresamente a las tierras que se “hayan adquirido de otra forma”. Se trata de un “orden público indígena”: La dimensión colectiva de los derechos sobre la tierra implica que decisiones que conllevan intromisión de terceros deben ser adoptadas colectivamente, porque las experiencias de este tipo han sido perjudiciales para los pueblos indígenas.⁵⁸⁹

Protección frente a abusos

Históricamente los pueblos indígenas han sido víctimas de abusos en relación a las tierras y el tercer apartado está orientado a impedirlos. Su aplicación resulta directa y no sólo obliga a las autoridades administrativas sino también a las judiciales.

Señala la O.I.T. que teniendo en cuenta las experiencias negativas del pasado, *“cuando se engañaba o forzaba a los pueblos indígenas a abandonar sus tierras, el Convenio establece protección contra terceros que deseen ingresar a estas tierras para su beneficio personal y sin permiso de las autoridades correspondientes, y de los intrusos que intenten quitarles las tierras mediante fraude u otros medios deshonestos”*.⁵⁹⁰

587 Thornberry, *Indigenous Peoples.*, págs. 346 y 347.

588 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 62.

589 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 122.

590 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 97.

El Convenio 107 decía “se deberán adoptar medidas para impedir”. Ahora la obligación estatal incluye el resultado, ya que establece que “deberá impedirse”. La norma constituye una causal de nulidad de la adquisición de tierras indígenas más amplia que la establecida en el artículo 954 del Código Civil (no requiere “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” ya que tal ventaja estaría medida en los valores extraños a la cultura indígena) y debe ser directamente aplicada por los jueces en todos los casos en que el apoderamiento haya sido mediante “aprovechamiento” de las costumbres o el desconocimiento de las leyes. En forma concordante, el Comité de Expertos de la O.I.T. ha urgido a los gobiernos a adoptar todas las precauciones necesarias para asegurar que personas que no son miembros de los pueblos indígenas no puedan usar las tierras de éstos.⁵⁹¹ El apartado también ampara el uso de la legítima defensa indígena contra la desposesión.

Las “personas extrañas” que realicen los actos de aprovechamiento prohibidos pueden ser sujetos privados o funcionarios públicos, comprometiendo, en este caso, la responsabilidad del Estado. La utilización del término “arrogarse” en lugar del “obtener”, que figuraba en el proyecto, resalta el carácter precario del título logrado con aprovechamiento.

La protección incluye la invalidez de los “permisos de pastaje” o de “tenencia precaria” o similares, otorgados a los pueblos indígenas en virtud de las disposiciones provinciales de tierras, que en varias oportunidades se han querido utilizar en contra de los reclamos de los pueblos, como si tales documentos contuvieran un reconocimiento de éstos de supuestos derechos ajenos, aplicando principios de legislación civil. Ante la ausencia de normas provinciales que efectivicen los derechos indígenas a las tierras, la aceptación de tales permisos constituye una forma de abuso, puesto que la alternativa consiste en la privación de toda legalidad. El Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, en el caso “Laguna de Tesorero”, ha decidido que tales permisos no podrían invocarse en contra de los reclamos comunitarios a las tierras, citando expresamente la prohibición de abusos del segundo párrafo del artículo 17 del Convenio.⁵⁹²

En lugar de “desconocimiento de las leyes” el texto del Convenio 107 decía “ignorancia”, lo que suponía una carga despectiva, que, a propuesta de México, se suprimió del texto español (en inglés es “lack of understanding”, o sea “falta de comprensión” de las leyes).⁵⁹³ El conocimiento de las leyes del Estado por los

591 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 334 (nota 100).

592 Autos “Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero – Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César”, sentencia del 27 de diciembre de 2005.

593 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 63.

pueblos indígenas no se presume. Esto resulta del propio texto comentado que “*importa una directiva contraria a la regla general del derecho argentino*”,⁵⁹⁴ y también del artículo 30, que establece el deber de los gobiernos de promover el conocimiento de los derechos que tales leyes les otorgan.

Tanto por el carácter de la obligación internacional como por la protección extendida en el Convenio, que incluye a la solución de los reclamos históricos, la acción de nulidad por aprovechamiento no tiene el término de prescripción de dos años. A los reclamos de este tipo corresponde asimilarlos a una acción real. Por ello, las situaciones de despojos históricos también deben ser incluidas en el relevamiento previsto por la ley 26.160.

594 Alterini, Corna y Vázquez, *Propiedad indígena*, pág. 111.

Despojos. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 8.

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

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

Artículo 26.

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.

Sanciones por intrusión

La norma es nueva y complementa el artículo 17, que prevé la protección frente a los despojos. Se consideró *“justificada una protección especial, habida*

cuenta de los gravísimos abusos de que son objeto los pueblos indígenas y tribales en particular”,⁵⁹⁵ Todo despojo total o parcial o cualquier menoscabo violatorio de los derechos sobre la tierra establecidos en el Convenio y en otras normas nacionales, deberá ser efectivamente sancionado.

El artículo protege las “tierras de los pueblos interesados” en los términos del Convenio y de la Constitución Nacional. En consecuencia, obliga a evitar y a sancionar el despojo total o parcial de las tierras propias (hayan sido reconocidas por el Estado o no) y de aquellas a las que los pueblos indígenas han tenido tradicionalmente acceso (artículo 14 del Convenio), así como la utilización de los recursos naturales sin el cumplimiento de los procedimientos previos (artículo 15) o los traslados o reubicaciones ilegales (artículo 16). En este sentido, la *autorización* a que alude la norma se refiere a la voluntad libremente expresada con pleno conocimiento por los propios pueblos o al cumplimiento de los recaudos establecidos en el Convenio. Los permisos otorgados por funcionarios públicos sólo son válidos si cumplen con tales recaudos; de lo contrario, la protección que brinda el artículo también abarca las debidas sanciones a los funcionarios autorizantes.

Las sanciones no sólo deben ser penales. Los pueblos tienen el derecho de reclamar indemnización tanto a los intrusos como al Estado y a los funcionarios que permitieron la intrusión. En el proyecto decía “deberá considerarse delito”, pero el texto final establece una obligación más amplia.⁵⁹⁶ Las sanciones penales establecidas también incluyen los tipos penales que reprimen a los funcionarios que ilegalmente toleren, permitan o autoricen las intrusiones ilegales. No puede considerarse que el artículo 181 del código penal, que establece el delito de usurpación, cumpla totalmente con la obligación del Estado de sancionar la intrusión no autorizada, ya que la actual norma penal tiene requisitos que no se encuentran contemplados en la protección más amplia que establece este artículo.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación*”.⁵⁹⁷ Dada la especial protección del sistema internacional de derechos humanos a los pueblos indígenas, tales deberes del Estado incluyen la investigación de los abusos y casos de desposesión de tierras y las sanciones a los responsables, sean o no funcionarios del Estado. En sus exámenes del año

595 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 52.

596 *Idem*, pág. 51.

597 Caso “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988.

2010 sobre los informes del Estado argentino, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como el Comité de Derechos Humanos han llamado la atención sobre los desalojos violentos de comunidades indígenas, y requerido que se investigue y se sancione a los responsables.⁵⁹⁸ Tales procesos podrán ser impulsados por las organizaciones indígenas (artículo 12).

La parte final del párrafo, que establece que “los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”, no estaba en el proyecto. Las medidas pueden ser legislativas, administrativas o judiciales. Los jueces deberán adoptar las resoluciones necesarias para evitar las intrusiones o usos no autorizados y tomar las medidas inmediatas tendientes al cese del despojo y a la restitución.

598 CERD, Examen..., párrafos 21 y 26. CDH, Examen..., párrafo 25.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Programas agrarios. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

No discriminación

Siendo similar a la norma antecedente del Convenio 107, el artículo tiene por finalidad garantizar que la política de tierras se realice sin discriminación contra los pueblos indígenas y con el debido respeto a sus necesidades específicas (artículo 7 del Convenio).⁵⁹⁹ La obligación que aquí se establece es básicamente la

599 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 54.

de igualdad de trato, que incluye no promover a otros sectores a expensas de los pueblos indígenas.

La mención a “programas agrarios nacionales” alude a todos los programas establecidos por el derecho interno. Esto debe aclararse porque en nuestro país la mayoría de las políticas de tierras son de las provincias, obligadas también al cumplimiento del Convenio. El trato equivalente no puede restringirse a los programas establecidos por las reparticiones de tierras sino que debe abarcar toda política de fomento rural, incluyendo a los programas de los bancos oficiales y de otros organismos de crédito que administren fondos públicos.

El artículo impone una modificación a los programas de tierras que consisten en la entrega individual de tierras, ya que la exclusión de entregas colectivas resulta discriminatoria hacia los pueblos indígenas. Aunque los procedimientos o criterios de asignación no están determinados y quedan librados a las normas internas de cada Estado, deben respetarse los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos y las tierras (artículo 13 del Convenio). La garantía “a los pueblos” obliga a que deba preverse la entrega comunitaria, sin perjuicio del derecho de aquellos a decidir el modo interno de distribución o trabajo sobre dichas tierras.

Tierras adicionales

Si bien el artículo no impone la entrega de nuevas tierras sino sólo cuando ello resulta de un trato equivalente con otros sectores, el párrafo debe servir para interpretar la obligación estatal de otorgar tierras adicionales que resulta del artículo 75 inciso 17 de la Constitución, cuando se refiere a tierras “aptas y suficientes para el desarrollo humano”. Se encuentra además de acuerdo con el párrafo 7 de la Recomendación 104 de la O.I.T., que establece que los gobiernos deben tomar medidas para eliminar el endeudamiento indígena, establecer sistemas de crédito cooperativo y ayuda técnica y subvenciones. En la elaboración de la norma del Convenio se tuvo en cuenta el Programa de Acción adoptado en la Conferencia Mundial de la F.A.O. sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural, celebrada en 1979, que instaba a los gobiernos a proteger los derechos de las poblaciones nómadas y a preservar y adaptar o crear sistemas de control y gestión comunales de los derechos sobre la tierra y los recursos hídricos.⁶⁰⁰

El artículo no se refiere a la restitución de tierras reivindicadas por los pueblos indígenas, ya que esta situación se encuentra prevista en el tercer párrafo del artículo 14. “Adicionales” implica que no se trata de las tierras ocupadas o

600 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 74.

reclamadas por los pueblos indígenas, sino de otras que los estados deben entregarles, en condiciones de igualdad.

La asignación de tierras se debe entender no sólo como parte de las políticas de desarrollo económico sino fundamentalmente con la finalidad de proteger y desarrollar la identidad colectiva. De allí que, la entrega de tierras adicionales resulte una obligación cuando ella se precisa para salvaguardar la cultura de los pueblos indígenas (artículo 4 del Convenio).

El acceso al crédito no puede ser discriminatorio en perjuicio de los pueblos indígenas. El otorgamiento de los medios es además obligatorio para los estados cuando ello resulta necesario para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4).

Por tratarse de una norma de mayor jerarquía, las leyes nacionales o provinciales que regulan la entrega de tierras a los pueblos indígenas y establecen modalidades restringidas de dominio y la condicionalidad o reversión de la propiedad, se encuentran derogadas en lo que respecta a dichas condiciones discriminatorias. Ello incluye la parte correspondiente de la ley 23.302. Tales leyes resultan inaplicables además cuando se trata de tierras tradicionalmente ocupadas, puesto que en este caso debe aplicarse el artículo 14 del convenio, que no subordina el derecho de los pueblos indígenas a los objetivos de los programas agrarios estatales.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Parte III
Contratación y Condiciones de Empleo

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Especial protección laboral. 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 derecho 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, gocen 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 del 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

El trabajo en relación de dependencia

El artículo centra su atención en los problemas concretos de los trabajadores

indígenas,⁶⁰¹ considerándose su mayor exposición a abusos laborales por la pérdida de sus tierras y sus ámbitos culturales propios,⁶⁰² situación que también ha motivado preocupación en el sistema interamericano.⁶⁰³

La guía de la O.I.T. señala que muchas veces, la mayor presión ejercida sobre las tierras y los recursos de los pueblos indígenas implica que las estrategias tradicionales para el sustento ya no son viables, y que muchos trabajadores indígenas tienen que buscar ingresos alternativos y algunos, o incluso la mayor parte, de los miembros de muchos pueblos indígenas viven fuera de sus territorios tradicionales, donde tienen que competir para conseguir trabajo y acceder a oportunidades económicas. Aunque hay una ausencia general de datos y estadísticas confiables sobre la situación de los pueblos indígenas en materia de empleo, los registros disponibles indican que se discrimina a los pueblos indígenas y que existe una desproporción en la representación que tienen entre las víctimas del trabajo forzoso e infantil. *“Entre los obstáculos y las desventajas que enfrentan en los mercados laborales nacionales e internacionales se incluyen los siguientes:*

- *Muchos trabajadores indígenas no pueden competir en igualdad de condiciones, ya que sus conocimientos y competencias no se valoran de manera adecuada, y tienen un acceso limitado a la educación formal y a la formación profesional.*
- *A menudo se introduce a los trabajadores indígenas en el mercado laboral en condiciones precarias negándoles sus derechos laborales fundamentales.*
- *Los trabajadores indígenas generalmente ganan menos que otros trabajadores y el salario que reciben en relación con los años de educación terminados es más bajo que el de sus compañeros no indígenas. Esta diferencia se acentúa en niveles más altos de educación”*.⁶⁰⁴

El artículo se refiere al trabajo en relación de dependencia (de allí el uso de los términos *contratación* y *empleo*) y no a todas las formas de trabajo. Se trata de reglas propias del derecho laboral general en las cuales el énfasis no está puesto en la preservación de la propia cultura y la organización autónoma indígena, sino en el resguardo de los derechos del trabajador individual (indígena) frente a un empleador (no indígena). Visto en una perspectiva histórica, esta norma constituye el puente entre las materias que originaron las primeras preocupaciones de la O.I.T. respecto a los pueblos indígenas (las condiciones de trabajo) y la nueva orientación

601 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 57.

602 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 98.

603 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 60.

604 O.I.T., *Los derechos...*, págs. 153 y 154.

tendiente al resguardo de su cultura y autonomía. De allí que, tomado fuera del contexto general parecería que no hubiera diferencias sustanciales entre este artículo y el anterior del Convenio 107.

Sin embargo, el mantenimiento de estas normas en un tratado orientado a la protección de los pueblos indígenas tiene ahora el claro sentido de señalar que la condición indígena y los derechos no se pierden por la incorporación a la vida laboral de la cultura dominante, sea en ámbitos rurales o urbanos. De allí que, por las normas generales del Convenio, el Estado tenga el deber de otorgar participación a los pueblos indígenas para adoptar medidas protectorias en el ámbito de trabajo, aún cuando tales medidas deban aplicarse en situaciones diferentes de la vida rural o comunitaria. Es en supuestos como los previstos en este artículo, así como en otras normas que claramente protegen también a los indígenas urbanos (como las relacionadas con la salud y la educación), que el derecho relativo a los pueblos indígenas se interrelaciona con el que asegura los derechos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas.⁶⁰⁵

Medidas especiales

El primer párrafo del artículo 20 establece la obligación de los estados de adoptar medidas especiales para garantizar una protección laboral eficaz a los trabajadores indígenas, “en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general”. De modo coherente con la orientación general, dichas medidas deberán ser tomadas con participación de los pueblos indígenas (artículo 33 del Convenio).

La adopción de “medidas especiales” implica el establecimiento de una actividad estatal (normas, acción administrativa, etc.) dirigida especialmente a la protección de los trabajadores indígenas. Se trata de una directiva general que debe ser aplicada por los jueces aún sin reglamentación. Las medidas especiales pueden consistir en acción afirmativa (por ejemplo un sistema de cuotas) y no son discriminatorias pues tienden a igualar la posición de los sectores menos favorecidos.⁶⁰⁶ Los representantes de la dictadura militar chilena manifestaron que el artículo discriminaba en perjuicio del resto de los trabajadores. Se les contestó directamente que su objeción estaba en desacuerdo con el espíritu general del

605 Ver comentario al artículo 1 del Convenio.

606 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 68. Respecto a la adopción de medidas especiales de acción afirmativa y su legalidad, el artículo 5.1 del Convenio 111 de la O.I.T., los artículos 1.4 y 2.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional de Argentina.

Convenio.⁶⁰⁷ Obviamente, las medidas especiales que se adopten no pueden ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados, ya que éstos tienen derecho a vetar su aplicación (artículo 4 del Convenio).

La protección *eficaz* requerida por la norma debe ser en los hechos (apartado 4) y no lo es si las condiciones de empleo implican renuncia o pérdida de la propia cultura. Por eso, la Recomendación 104 de la O.I.T., requiere que se permita mantener el contacto entre los trabajadores indígenas y sus comunidades de origen, así como participar de las actividades comunes. En este sentido, los empleadores deben respetar los días sagrados de cada pueblo y otorgar licencia especial a los trabajadores indígenas (lo que -por otra parte- resulta también obligatorio por el principio de no discriminación, dado el reconocimiento del mismo derecho a los trabajadores pertenecientes a las minorías étnicas judía y musulmana por las leyes 24.571 y 24.757⁶⁰⁸).

La norma no debe entenderse solamente como una garantía de que la legislación laboral general se debe aplicar también a los trabajadores indígenas. Ello ya ocurre en el país en tanto las leyes no podrían establecer discriminaciones de ese tipo. Sin embargo no es esa la principal obligación establecida para los estados. El Convenio 107 decía “mientras no pudieran beneficiarse de la protección general”. La nueva redacción expresa: “en la medida en que no estén protegidos eficazmente” (el subrayado nos pertenece). La modificación tiene el sentido de enfatizar el carácter especial de la protección a los pueblos indígenas e implica que deben adoptarse medidas especiales cuando las normas generales de contratación y condiciones de empleo lleven a los trabajadores indígenas a la pérdida de los vínculos culturales que, de acuerdo a la orientación general del convenio, deben ser preservados. Es por eso que se enfatiza el aspecto de “discriminación de facto” que puede ocurrir aún cuando el texto de las leyes parezca brindar adecuada protección,⁶⁰⁹ ya que la igualdad formal *naturaliza* ese tipo de discriminación que no tiene en cuenta las condiciones culturales diferentes que deben ser respetadas.⁶¹⁰

Discriminación de hecho

Como complemento del primer párrafo, el segundo impone a los estados a “hacer cuanto esté en su poder” (en inglés “everything possible”), para evitar

607 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 56.

608 El respeto a los días festivos se encuentra establecido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

609 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), págs. 84 y 87.

610 *Idem*, pág. 92.

la discriminación de hecho o de derecho, enumerando las materias que la norma considera especialmente por la mayor vulnerabilidad de los trabajadores indígenas.

El acceso al empleo es discriminatorio si conlleva el abandono de la cultura propia. Ello es particularmente importante en el empleo público ya que no puede exigirse el acatamiento a las directivas estatales cuando éste sea incompatible con el mantenimiento de la identidad. La mayoría de los reglamentos y estatutos de empleo público, incluso los aplicados en regiones de presencia indígena importante o mayoritaria, carecen de adecuación a las normas internacionales y constitucionales en materia de respeto y resguardo de la identidad indígena, razón por la cual se hace necesaria su modificación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial enfatiza la importancia de que los distintos grupos étnicos se encuentren debidamente representados en todos los niveles de decisión (los cargos públicos, la policía, la justicia y más generalmente, en la vida socioeconómica del país),⁶¹¹ lo que implica la ilegalidad de los métodos y procedimientos de ascensos y selección monoculturales. Nueva formas de garantizar el acceso al empleo y ascensos sin discriminación pueden incluir sistemas de cuotas para los miembros de grupos étnicos desfavorecidos, jurados evaluadores interculturales, programas de adiestramiento diferenciados, etc.

El acceso a la seguridad social, asistencia médica, protección de accidentes, jubilaciones, salario familiar, obras sociales, suele ser particularmente discriminatorio para los trabajos del ámbito rural cuando la distancia con los organismos competentes es tal las prestaciones no se brindan en los hechos. En estos casos, el Convenio requiere medidas adicionales que podrían exigirse mediante la vía del amparo en tanto el Estado tiene el deber de realizar las prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio.⁶¹²

Con respecto al derecho a la vivienda, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado que en cualquier contexto se debe tener en cuenta la adecuación cultural de la vivienda, esto es *“La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”*.⁶¹³

El derecho de asociación hace referencia al Convenio 87 (libertad sindical) y

611 CERD, Observaciones al informe de Argentina (1997), párrafo 16.

612 C.S.J.N. en “Asociación Benghalensis” (2000), Fallos 323:1358.

613 Observación General N° 4 (1991).

al Convenio 98 (contratación colectiva) de la O.I.T. La norma establece el derecho de los trabajadores indígenas a organizarse de modo diferenciado en los ámbitos laborales. Los sindicatos deben respetar las características culturales propias de sus miembros indígenas y ejercer su defensa en las mismas condiciones que lo hacen respecto de los derechos generales de los trabajadores.

Garantías especiales

Las obligaciones establecidas en el párrafo segundo requieren de la máxima actividad estatal posible. El tercer párrafo, que no figuraba en el Convenio 107, impone que se tendrán que *garantizar* los resultados previstos.

Tales medidas deberán asegurar, en primer lugar, la igualdad de trato y la plena información. El amparo debe incluir a los trabajadores migrantes sin que quepa distinguir entre *legales e ilegales*, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶¹⁴ La igualdad en la protección debe ser real, no sólo en la legislación, y “por lo menos igual” a la que se da a otros sectores. En particular, se tuvo en consideración si el sistema de inspecciones del trabajo y el acceso a denuncias y a la justicia eran similares.⁶¹⁵ La falta de cumplimiento por el Estado de esta obligación debe considerarse por los jueces del trabajo cuando se realizan reclamos cuyo ejercicio o prueba resulte más gravoso para los indígenas que para los demás trabajadores. En particular, en materia de prescripción y caducidades debería considerarse si los plazos uniformes para todos los supuestos constituyen en casos particulares una situación de discriminación en perjuicio de los trabajadores indígenas. Ello podría provenir, por ejemplo, de las mayores dificultades en lograr asesoramiento legal o sindical, en la falta de información adecuada o en distancias que dificultan el acceso a los órganos estatales.

El Convenio obliga al Estado a garantizar que los trabajadores indígenas “sean plenamente informados de sus derechos... y de los recursos de que disponen”. Se trata de una innovación en el derecho laboral que instituye el deber de dar información tanto para el Estado como para los empleadores y resulta una medida especial a favor de los trabajadores indígenas. La prueba de haberse brindado la información corresponde al empleador y la falta de cumplimiento de esta obligación implicará que no pueda considerarse que el trabajador indígena haya prestado su consentimiento en los casos en que éste es requerido por las leyes laborales. La falta de información también puede constituir un impedimento de ejercicio de las acciones dentro del término de prescripción.

614 Opinión Consultiva OC 18/03. En igual sentido la nueva Ley de Migraciones, 25.871.

615 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 70.

La discusión del apartado 3.b revela que ella tiene en mira la protección de la salud colectiva de los pueblos indígenas cuando su exposición generalizada a tareas peligrosas hace peligrar su supervivencia como grupo étnico diferenciado. En este sentido, la norma entra dentro del ámbito de la responsabilidad por daño ambiental en tanto afecta a la cultura y a la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras (artículo 2 de la Ley General del Ambiente). La falta de cumplimiento de esta prohibición en los casos de reclamo individual acarrea responsabilidades que deben hacerse efectivas aún cuando no estén establecidas en la legislación nacional de riesgos del trabajo, por la mayor jerarquía de los tratados internacionales.

La prohibición de contratación coercitiva es acorde con el artículo 3 del Convenio, que excluye todo uso de fuerza o coerción y con el artículo 11 que prohíbe los servicios personales. Como se comentara en esas normas, la prohibición no comprende a los trabajos comunitarios.⁶¹⁶

El apartado 3.d, que obliga a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la protección contra el hostigamiento sexual, es un supuesto especial de la igualdad de género establecida en el artículo 3 del Convenio. Acorde con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), requiere la adopción de medidas especiales en los ámbitos administrativo, legislativo y judicial.

Adecuada inspección del trabajo

El último párrafo obliga a “prestar especial atención” a la creación de servicios de inspección del trabajo en las regiones en donde ejerzan actividades asalariadas los trabajadores indígenas. Aunque la redacción parece una recomendación más que una obligación, se traduce en un deber estatal en la medida en que, como suele ocurrir, la falta del servicio de inspecciones trae como consecuencia un trato discriminatorio. Los servicios *adecuados* son como mínimo los establecidos en los Convenios 81 y 129 de la O.I.T. sobre inspecciones del trabajo. De acuerdo con las normas generales del Convenio 169 (artículos 6, 20 y 33), la creación de este servicio debe hacerse con la participación indígena.

616 *Idem*, pág. 71.

El trabajo infantil

Señala la O.I.T. que es necesario distinguir entre la *labor infantil aceptable* y el *trabajo infantil*. Utilizar a los niños como esclavos y para el trabajo forzoso, someterlos al tráfico de niños y al reclutamiento para conflictos armados, usarlos para la prostitución y la pornografía o en actividades ilícitas como el tráfico de drogas o simplemente forzarlos a hacer trabajos que dañan su salud, su seguridad o su moral, significa exponerlos a las peores formas de trabajo infantil. “*En contraposición a esto, la mayoría de los niños indígenas desempeñan roles laborales que reflejan nociones culturales elaboradas del desarrollo infantil diferenciado por grupos etarios, género, condición social y, con frecuencia, acompañado por rituales, tales como los que marcan el ingreso a la edad adulta. Esas tareas livianas, que no son perjudiciales, contribuyen al desarrollo de los niños y les proporcionan destrezas, actitudes y experiencia para poder ser miembros útiles y productivos de su comunidad en su vida adulta. Tales tareas no pueden equipararse de ninguna manera con el trabajo infantil perjudicial*”.⁶¹⁷

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño sostiene que al determinar cual es el interés superior de un niño indígena, “*las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo*”.⁶¹⁸ Más adelante el Comité señala que el artículo 32 de la Convención dispone que todos los niños indígenas deben estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpezca la educación del niño, o que pueda ser nocivo para la salud del niño o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Los Convenios de la O.I.T. N° 138 (edad mínima) y N° 182 (peores formas de trabajo infantil) fijan parámetros para distinguir entre, por una parte, el trabajo infantil que hay que abolir y, por otra, el trabajo infantil que cabe aceptar, como las actividades que permitan a los niños indígenas adquirir aptitudes para ganarse la vida y conocer su identidad y su cultura. “*Se entiende por trabajo infantil el trabajo que priva al niño de su infancia, de su potencial y de su dignidad y que es nocivo para su desarrollo físico y mental*”.⁶¹⁹ El Comité observa con profunda preocupación que la pobreza afecta en forma desproporcionada a los niños indígenas y que éstos están particularmente expuestos al riesgo de ser utilizados para el trabajo infantil, especialmente en sus peores formas, como la esclavitud, el trabajo en condiciones de esclavitud, la trata de niños, incluso para trabajos domésticos, la utilización en

617 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 158.

618 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párrafo 31.

619 *Idem*, párrafo 69.

conflictos armados, la prostitución y los trabajos peligrosos.⁶²⁰ Y concluye en que para adoptar medidas contra la explotación del trabajo infantil “*es preciso además analizar las causas estructurales básicas de la explotación del niño, reunir datos y organizar y aplicar programas de prevención, que se llevarán a cabo en consulta con las comunidades y los niños indígenas y a los que el Estado parte deberá asignar recursos financieros y humanos suficientes*”.⁶²¹

620 *Idem*, párrafo 70.

621 *Idem*, párrafo 71.

Parte IV.

Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales

Críticas al título

Según la delegación de Estados Unidos y los representantes indígenas, el nombre de la Parte IV (que reproduce el del Convenio 107) no refleja el derecho de los pueblos indígenas a establecer sus propias prioridades.⁶²² De allí que el artículo 22 se modificara incluyendo la necesaria participación colectiva. Además, la mención de “artesanía e industrias rurales” es insuficiente para describir las actividades indígenas pues elude su carácter comunitario (artículo 23).

622 O.I.T., Revisión..., Informe IV (2A), pág. 57.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

No discriminación. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Tratamiento igualitario

La “formación profesional” es la referida en el Convenio 142 de la O.I.T. Allí se impone a los estados la obligación de adoptar y llevar a la práctica políticas y programas de formación profesional teniendo en cuenta las necesidades, posibilidades y problemas en materia de empleo, la fase y el nivel de desarrollo económico, social y cultural y las relaciones entre el desarrollo de los recursos humanos y otros objetivos económicos, sociales y culturales. Estas políticas y estos programas tendrán por mira mejorar la aptitud del individuo de comprender su medio

de trabajo y el medio social y de influir sobre éstos, individual o colectivamente. También deberán alentar y ayudar a todas las personas, sin discriminación, a desarrollar y utilizar sus aptitudes para el trabajo en su propio interés y de acuerdo con sus aspiraciones, teniendo presentes al mismo tiempo las necesidades de la sociedad (artículo 1 del Convenio 142).

Para alcanzar estos objetivos los estados deberán establecer y desarrollar sistemas abiertos, flexibles y complementarios de enseñanza general técnica y profesional, así como de orientación escolar y de formación profesional, tanto dentro del sistema oficial de enseñanza como fuera de éste (artículo 2 del Convenio 142) y ampliar gradualmente sus sistemas de orientación profesional, incluido un relevamiento de datos sobre el empleo, a fin de asegurar que se pongan a disposición de todos los niños, adolescentes y adultos una información completa y una orientación tan amplia como sea posible, inclusive por medio de programas apropiados en el caso de los minusválidos. Esta información y esta orientación deberán abarcar la elección de una ocupación, la formación profesional y las oportunidades educativas conexas, la situación y perspectivas de empleo, las posibilidades de promoción, las condiciones de trabajo, la seguridad y la higiene en el trabajo, y otros aspectos de la vida activa en los diversos sectores de la actividad económica, social y cultural, y a todos los niveles de responsabilidad. Deberán ser completadas con conocimiento sobre los aspectos generales de los contratos colectivos y los derechos y obligaciones de todos los interesados en virtud de la legislación del trabajo. Esta información deberá suministrarse de acuerdo con la ley y la práctica nacionales habida cuenta de las respectivas funciones y tareas de las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas (artículo 3 del Convenio 142). Igualmente, los estados deberán ampliar, adaptar y armonizar gradualmente sus sistemas de formación profesional en forma que cubran las necesidades de formación profesional permanente de los jóvenes y de los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad (artículo 4 del Convenio 142). Por último, las políticas y programas de orientación y formación profesional deberán establecerse e implantarse en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y, según los casos y de conformidad con la ley y la práctica nacionales, con otros organismos interesados (artículo 5 del Convenio 142).

Si bien la redacción del artículo se orienta a destacar el aspecto individual del derecho a la formación profesional (“los miembros...”), la participación colectiva es ineludible. No sólo resulta del artículo 22 del Convenio sino de los principios generales (artículos 2, 5, 6, 7, 8 y 30 del Convenio). De allí que aunque el derecho se formule en términos individuales no caben dudas de la posibilidad de reclamar colectiva e institucionalmente, como pueblos, tanto la provisión de medios de formación profesional como su trato igualitario con los demás sectores de la población (artículo 12). La Declaración establece claramente el carácter

colectivo del derecho.

El Convenio 107 se refería a “las mismas oportunidades” pero la nueva redacción establece “medios... por lo menos iguales”, lo que permite inferir dos aspectos: 1) que la formación profesional debe ser adecuada a las necesidades de los pueblos (artículo 22 del Convenio 169) y los recursos destinados a ella deben ser, como mínimo, equivalentes a los establecidos para otros sectores de la población, lo que resulta una aplicación particular del principio básico de no discriminación; 2) que se acepta una “acción positiva” tal como las mencionadas en relación a salud y educación (artículos 25 y 26) y a técnicas tradicionales (artículo 23), para compensar las desigualdades de hecho en el acceso y la orientación de los programas de formación profesional. En todos los casos deberá contarse con la participación de las representaciones indígenas (artículos 22 y 33).

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Programas de formación. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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 conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Formación profesional adecuada

La nueva redacción del artículo responde a las críticas formuladas al Convenio 107 en cuanto éste no contemplaba el derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades en materia de desarrollo.

El primer apartado es nuevo y establece que el Estado debe tomar medidas para fomentar la participación voluntaria en los programas generales de formación profesional. Aunque la redacción pareciera sugerir que los indígenas se resisten a participar en los programas de formación, su sentido ha sido dejar en claro que dichos programas no deben ser coercitivos (artículos 3 y 4 del Convenio).⁶²³ La O.I.T. enfatiza que todo programa de formación que permita a los pueblos indígenas desarrollar nuevas actividades generadoras de ingresos “*debe adaptarse a su situación específica y tomar en cuenta sus conocimientos tradicionales*”.⁶²⁴

El segundo párrafo establece un derecho de oposición de los pueblos indígenas respecto a la aplicación de programas inadecuados, de modo que la formación profesional que no responda a las prioridades de desarrollo establecida por los propios pueblos indígenas, deberá corregirse. La norma es corolario del

623 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 73.

624 O.I.T., *Un manual...*, pág. 52.

principio general de libre determinación y en especial de las disposiciones del artículo 4 del Convenio que impide la adopción de medidas especiales en contra de la voluntad de los pueblos y del artículo 7 que garantiza las decisiones autónomas en lo que respecta al desarrollo. Aunque el Convenio enfatiza los mecanismos de diálogo y participación, que deben encontrar siempre canales institucionales adecuados, en última instancia la decisión acerca de la adecuación de los programas corresponde a los pueblos ya que son éstos los que deciden acerca de sus asuntos internos. El nuevo texto aclara que las necesidades son *de los pueblos* y no *de las personas* individualmente consideradas, como decía el Convenio 107.

La norma además obliga a los gobiernos a reemplazar los programas que no responden a las necesidades de los pueblos poniendo a su disposición “programas y medios especiales de formación”, lo que incluye los recursos para su ejecución.⁶²⁵ La participación indígena en la planificación, coordinación ejecución y evaluación resulta también de lo establecido en los artículos 5, 6 y 33 del Convenio. Esta obligación es el modo de asegurar que la orientación original de los programas no asuma la forma de una imposición, como sería el caso si los pueblos sólo tuvieran la opción de aceptar programas inadecuados o desecharlos y carecer de todo apoyo para la formación técnica.

Programas especiales

El tercer párrafo dispone los fundamentos técnicos de los programas especiales y el procedimiento para establecerlos. El Convenio 107 colocaba a la decisión y gestión íntegramente en manos del Estado que debía tener en cuenta “el grado de evolución cultural” y “las actividades para las cuales las poblaciones... se hayan mostrado tradicionalmente aptas”. Ambas referencias fueron suprimidas. La primera, por aludir a una escala evolutiva en la que deberían medirse las culturas y en la cual los pueblos indígenas se encontrarían en un nivel inferior, y la segunda, porque las prioridades ahora deben ser establecidas por los propios pueblos (artículo 7 del Convenio).⁶²⁶

El nuevo texto expresa que los programas especiales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas”, debiendo realizarse los estudios en cooperación con los pueblos indígenas. La “cooperación” no se refiere a la decisión acerca de las prioridades, que siempre está en los pueblos, sino a la realización conjunta de los estudios y la administración de los programas, en tanto éstos no sean llevados adelante por los

625 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 59.

626 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 74.

propios indígenas.⁶²⁷

La última parte del tercer párrafo establece que, cuando sea posible, los pueblos indígenas, si así lo deciden, tienen el derecho de asumir progresivamente la administración de los programas. Ello no figuraba en el proyecto y fue agregado a propuesta canadiense a fin de particularizar el derecho al control establecido en el artículo 7 del Convenio.⁶²⁸ La “posibilidad” a que se alude está relacionada con el grado de organización indígena para administrar los programas.⁶²⁹

Por último, acorde a la nueva orientación se suprime íntegramente el tercer apartado del artículo del Convenio 107, que atribuía claras connotaciones de inferioridad cultural a los pueblos indígenas en tanto establecía que los programas especiales se irían modificando “al progresar su integración”, lo que mostraba el sesgo paternalista de la norma e implicaba referencias discriminatorias.⁶³⁰

627 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 75.

628 *Idem*.

629 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 59.

630 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 72.

Economía tradicional y cultura. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Actividades tradicionales

La mayoría de los pueblos indígenas han desarrollado ocupaciones y estrategias de subsistencia muy especializadas, las cuales están adaptadas a las condiciones específicas de sus territorios tradicionales y, por lo tanto, dependen en gran parte del acceso a las tierras, los territorios y los recursos. *“En muchos casos, la falta de respeto por los derechos y las culturas de los pueblos indígenas condujo a la discriminación contra sus medios de vida tradicionales”*.⁶³¹

El Convenio 169, a diferencia del anterior, atiende a estas actividades desde el punto de vista de la preservación de la cultura indígena, que es el objetivo general. En el nuevo texto se destacan: el reconocimiento cultural de las actividades tradicionales y el fomento de tales actividades, con participación indígena. Esta centralidad de la protección de la identidad fue agregada en la discusión del Convenio ya que no figuraba en la propuesta inicial.⁶³² Para advertir el cambio profundo en la orientación del nuevo Convenio es importante citar la opinión de la S.G.B. Suiza durante los trabajos de redacción: *“Los artículos 16 a 18 se deberían revisar a fin de suprimir las degradantes referencias que se hacen al ‘grado de evolución cultural’ y a ‘la adaptación a medios modernos’. Por lo demás, la organización acoge con satisfacción las sugerencias sobre la elección con respecto al apoyo técnico, en la que se tengan en cuenta tanto las tecnologías tradicionales como la herencia cultural de estas poblaciones”*.⁶³³

Las actividades económicas protegidas no están acotadas a la enumeración del artículo sino que deben entenderse en toda su amplitud (de allí que se suprimiera la propuesta de incluir luego de la palabra “recolección” la mención “de frutos”⁶³⁴). Entre las no mencionadas, por su importancia en el país, debe destacarse la protección al pastoreo trashumante,⁶³⁵ la que incluye a las tierras de estación y a los pasos de arreo. Este último es uno de los “casos apropiados” mencionados en el artículo 14 del Convenio, que obligan al reconocimiento de derechos de servidumbre o similares sobre tierras que no se ocupan pero a las que se tiene acceso.⁶³⁶

631 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 153.

632 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 77 y 114.

633 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 72 y 73.

634 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 61.

635 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 153.

636 Mackay, *Los derechos...*, pág. 156.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que cuando la actividad económica “*es un elemento indispensable en la cultura de una comunidad étnica*” su protección puede entrar dentro de las obligaciones que el artículo 27 del Pacto impone a los estados.⁶³⁷ En otro caso, el Comité observó que “*el artículo 27 no protege únicamente los medios de sustento tradicionales de las minorías nacionales... Por lo tanto, el hecho de que los autores hayan adaptado sus métodos de pastoreo de renos con el paso de los años y que lo practiquen con la ayuda de tecnología moderna no les impide invocar el artículo 27 del Pacto*”.⁶³⁸ En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que los derechos exclusivos de caza y pesca del pueblo Sami pueden ser vistos como *posesiones* dentro de las garantías a la propiedad establecidas por el primer protocolo de la Convención.⁶³⁹

El Convenio 107 condicionaba el apoyo a estas actividades a que sirvieran para “adaptarse a métodos modernos de producción y comercio”. Ahora se elimina esta orientación asimilacionista y se reconoce el valor propio del mantenimiento de las culturas indígenas lo que implica una obligación de protección por parte del Estado. La Comisión de Expertos de la O.I.T. ha señalado como una violación al Convenio el impacto negativo de los proyectos extractivos, mineros y de deforestación, llevados a cabo por compañías multinacionales⁶⁴⁰ sobre territorios en los que los pueblos indígenas realizan sus actividades tradicionales.

También deben superarse las creencias que vinculan a las prácticas indígenas de modo directo e inevitable con el atraso técnico. Por el contrario, las economías tradicionales, dice la O.I.T., “*se fundan en un conocimiento detallado del medio ambiente, fruto de la experiencia de generaciones consagradas al cuidado y la utilización de sus tierras*”.⁶⁴¹ Los pueblos originarios de América, sostiene Brailovsky, “*han desarrollado tecnologías de una extrema sofisticación que les permiten maximizar la producción alimentaria a un costo ambiental mínimo. Cuando un grupo humano evoluciona en un ecosistema durante muchos siglos, tiene oportunidad de comprender como funciona ese ecosistema y qué recursos naturales utilizables contiene. Esto nos lleva a recordar que lo más importante de*

637 Caso “Kitok vs. Suecia” (comunicación N° 197/1985), dictamen del 27 de julio de 1988, párrafo 9.2.

638 Caso “Lansman vs. Finlandia” (comunicación N° 511/1992), dictamen del 26 de octubre de 1994, párrafo 9.7 (el subrayado en el original).

639 Caso “Konkama vs. Suecia”, N° 27033/95, citado por Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 305.

640 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 35.

641 O.I.T., *Un manual...*, pág. 48.

una tecnología productiva no es la sofisticación de los instrumentos que usa, sino su grado de adaptación al entorno natural en que vive".⁶⁴²

Los estados tienen la obligación de “fortalecer y fomentar” las actividades económicas que resultan elementos indispensables como factores del mantenimiento de la cultura. De allí que se eliminara el párrafo referido a “adaptarse a métodos modernos” del Convenio 107, que contenía evidentes connotaciones de inferioridad cultural y daba por sobreentendida la futura asimilación de los pueblos indígenas en las culturas dominantes. El fortalecimiento y el fomento deben ser llevados a cabo con la participación de los pueblos indígenas, quienes tienen el derecho a establecer sus prioridades (artículo 7 del Convenio) e incluso decidir modificaciones en su economía y rechazar, total o parcialmente, la protección estatal (artículo 4). Como toda cultura es una actividad vital, no pueden ser grupos externos a los pueblos indígenas los que decidan sobre la importancia de estas prácticas.⁶⁴³ La expresión “siempre que haya lugar” no tiene el sentido de dejar a los estados la decisión de aplicar o no el Convenio, sino que ha sido agregada exclusivamente con el fin de que, siempre con participación, se tengan en cuenta otros factores que pueden ser pertinentes para el desarrollo.⁶⁴⁴

Asistencia técnica y financiera

En forma concordante con el derecho a establecer las propias prioridades, se desecha que la asistencia técnica y financiera constituyan una imposición externa (de los gobiernos u otros organismos de crédito), puesto que deben otorgarse “a petición de los pueblos interesados”. No es necesario que la iniciativa provenga de los pueblos indígenas, pero sí lo es que éstos manifiesten su consentimiento libremente informado en caso de que se trate de un ofrecimiento externo.

La petición indígena obliga a los gobiernos a brindar la asistencia “cuando sea posible”. En casi todo el Convenio, el párrafo “cuando sea posible” o similares atiende a la existencia de factores ajenos a la voluntad estatal (sea el grado de organización indígena o los límites impuestos por derechos fundamentales), pero no es tan claro que en este caso sea así, ya que fue agregado a propuesta de quienes cuestionaron que se tratara de un derecho automático y aludieron a posibles problemas financieros.⁶⁴⁵ De todos modos, la obligación de los gobiernos es clara en

642 Brailovsky, Antonio Elio; *Historia ecológica de Iberoamérica*, Ed. Kaicron – Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, 2006, pág. 208.

643 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 23.

644 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 60 (propuesta de Canadá).

645 *Idem*.

cuanto a que se debe prestar asistencia técnica en “condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población”, tanto por el artículo 19 del Convenio como por la cláusula general de no discriminación (artículo 2).

La asistencia debe tener en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales. Por eso se modificó la propuesta original, que aludía a la *elevación* del “nivel de vida y familiarizarse con otros métodos de producción y comercio” sin tener en cuenta la importancia de las actividades económicas para la preservación cultural.⁶⁴⁶ La referencia al “desarrollo sostenido y equitativo” es concordante con la Declaración de Estocolmo y el artículo 41 de nuestra Constitución.

De todos modos, “*destacar la importancia de las actividades tradicionales no significa que dichos pueblos no puedan buscar trabajo fuera de sus comunidades o asumir nuevas responsabilidades económicas*”.⁶⁴⁷ Ello es un corolario de la libre determinación, que incluye el derecho de los pueblos indígenas a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. Si bien estas decisiones siempre se adoptan teniendo en cuenta restricciones externas, lo importante es que tales condicionamientos no provengan de las decisiones estatales ni resulten asfixiantes para la conservación de la cultura. Es por ello que la asistencia se impone como obligación del Estado en los casos en que deban repararse los daños culturales ocasionados por la acción u omisión gubernamentales, ya que éstos constituyen un incumplimiento del Convenio. El artículo 8 de la Declaración impone a los estados el resarcimiento de 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”.

646 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 78.

647 O.I.T., *Un manual...*, pág. 51.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Parte V. Seguridad Social y Salud

La sustitución del término “sanidad”, que figuraba en el Convenio 107, por el de “salud”, enfatiza el cambio de orientación, de “políticas de asistencia y protección” a “garantía de derechos” (artículo 2 del Convenio), ya que en los pactos de derechos humanos la salud es un bien al cual las personas tienen derecho a su prestación por el Estado.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Seguridad social. Artículo 24

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

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Extensión progresiva sin discriminación

La seguridad social tiene como finalidad asegurar a los individuos la protección estatal contra ciertas contingencias, tales como vejez, accidentes o desempleo, que los exponen a sufrimientos con riesgo de pérdida de los niveles de una vida adecuada. Nace en el siglo XIX en Europa frente a la desaparición de la familia ampliada con sus mecanismos comunitarios tradicionales de protección social y el auge de la sociedad capitalista. Fue una respuesta que buscó otorgar una protección a nivel individual, tomando el Estado a su cargo las tareas que antes cubría la solidaridad familiar o comunitaria. La inmersión de las sociedades

indígenas en contextos económicos sociales de otra cultura ha expuesto también a sus miembros a nuevos riesgos, que deberán ser cubiertos por sistemas de seguridad social.

El manual de la O.I.T. señala que en muchos países, como sucede en Argentina, “*los programas de seguridad social en vigor, tales como el seguro de paro, las pensiones de vejez, las prestaciones por enfermedad y minusvalía, no cubren plenamente a los pueblos indígenas y tribales. Esta situación puede explicarse por el hecho de que las encuestas oficiales no incluyen a las regiones rurales poco desarrolladas donde viven dichos pueblos. También podría ser una indicación de que esos programas no encararan adecuadamente la situación de estos pueblos, muchos de cuyos integrantes no trabajan en el sector conocido como ‘empleo formal’ sino como estacionales, eventuales, migrantes o independientes*”.⁶⁴⁸

El artículo alude al derecho a la seguridad social establecido en otros instrumentos de derechos humanos.⁶⁴⁹ La obligación general estatal en la materia impone el deber de proteger a las personas que por cualquier causa ajena a su voluntad, se hallen imposibilitadas física o mentalmente de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. Ello incluye la cobertura contra las consecuencias desfavorables de la vejez, la incapacidad, la maternidad y la muerte de quien brindaba el sustento familiar.

Tales prestaciones deben brindarse sin discriminación, de modo que la seguridad social de los pueblos indígenas debe ser por lo menos equivalente a la que tienen los demás habitantes. Como en la mayoría de los casos el régimen general no es adecuado a las pautas de organización social de los pueblos indígenas, en la práctica éstos quedan excluidos del sistema. Para cumplir con la obligación del artículo se requieren medidas especiales que permitan la cobertura de seguridad social de modo adecuado a las modalidades de las culturas originarias.⁶⁵⁰ También, de conformidad con las directivas generales del Convenio, deberán establecerse los medios para que la protección brindada por los sistemas de seguridad social pueda ser organizada por los propios pueblos, si ésta es su voluntad (artículos 6, 7, 25, 27 y 33). De allí que resulten necesarios cambios legislativos y administrativos respetuosos de la identidad indígena, y con su participación, motivo por el cual aparece el término “progresivamente” en el texto. Es en estas condiciones que deberá cumplirse con el artículo 22 de la Ley 23.302 que establece que el I.N.A.I.

648 O.I.T., *Un manual...*, pág. 61.

649 Artículo XVI de la Declaración Americana, artículo 22 de la Declaración Universal, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9 del Protocolo de San Salvador.

650 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 62 (comentario a la propuesta de Colombia).

elaborará un proyecto de ley que contemple el derecho a la jubilación ordinaria de los miembros de los pueblos indígenas.⁶⁵¹

La participación indígena es imprescindible para diseñar y ejecutar la plena cobertura a la seguridad social ya que, como lo señala la O.I.T., “*la mayoría de las comunidades indígenas cuentan con sistemas tradicionales para brindar seguridad social a sus integrantes, incluyendo mecanismos para distribuir la riqueza, compartir alimentos y ofrecer trabajo y asistencia en caso de infortunio*”.⁶⁵² Aunque los estados han recabado muy poca información sobre la importancia de estos sistemas, podemos asumir que desempeñan un papel fundamental.⁶⁵³

Principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales

El artículo dice que los regímenes de seguridad social “deberán extenderse progresivamente” a los pueblos indígenas. Se trata de una mención particular del principio general de progresividad, incorporado a la Constitución Nacional a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El concepto de efectiva progresividad, ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*constituye un reconocimiento de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. (...) Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. (...) Para*

651 Pese a más de veinte años de vigencia, ese artículo no ha sido cumplido.

652 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 146.

653 *Idem*.

*que el Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.*⁶⁵⁴

La Corte Suprema, indicando que el Comité constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha reconocido reiteradamente la judiciabilidad del “principio de progresividad” o “prohibición de retroceso social” y ha declarado la inconstitucionalidad de la legislación que lo contraviene.⁶⁵⁵

654 Observación general N° 3 (1990).

655 Casos “Aquino” (2004), Fallos: 327:3753; “Madorran” (2007), Fallos: 330:1989; “Medina” (2008), Fallos: 331:250; “Lescano” (3-6-2008) y “Arcuri Rojas” (2009), Fallos: 332:2454.

Salud. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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.

Artículo 29.

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.

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.

Derecho a la salud

El artículo se complementa con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador que establecen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Estos tratados obligan a los estados a reconocer a la salud como un bien público y a adoptar las medidas necesarias para garantizar la atención primaria, la reducción de la mortalidad infantil, la higiene del trabajo y el medio ambiente, la inmunización de enfermedades infecciosas, la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole y la asistencia y servicios médicos, especialmente a los sectores más vulnerables de la población.

La Organización Mundial de la Salud define la salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*.⁶⁵⁶ Esta definición *“refleja una interpretación holística de la salud que corresponde a muchos conceptos tradicionales que los pueblos indígenas tienen sobre la salud, los cuales incluyen aspectos físicos, mentales, emocionales y espirituales, así como las relaciones entre individuos, comunidades, el medio ambiente y la sociedad en general”*.⁶⁵⁷ Por consiguiente, el desplazamiento de las tierras ancestrales, las políticas mal planeadas para el desarrollo y el reasentamiento, la represión de las instituciones tradicionales, las costumbres y las creencias y los cambios drásticos relacionados con el estilo de vida son algunos de los factores que afectan la salud de los pueblos indígenas.⁶⁵⁸

Por eso el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha expresado que el derecho a la salud *“está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la*

656 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

657 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 145.

658 *Idem*.

*Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. (...) El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.*⁶⁵⁹ Los elementos esenciales del derecho a la salud, de acuerdo al Comité, incluyen la disponibilidad (número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, centros y programas), la accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, económica e informativa), la aceptabilidad y la calidad.⁶⁶⁰

Con fundamento en el derecho a la alimentación (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en el derecho a la salud (artículo 12 del mismo Pacto), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció también que el derecho al agua potable constituye un derecho humano básico,⁶⁶¹ tal como ya lo habían hecho los expertos de la O.I.T. reclamando a Colombia -en ese sentido- el cumplimiento del Convenio 169.⁶⁶²

En el derecho interno argentino, los artículos 18 a 21 de la ley 23.302 tratan de “los planes de salud” que deberá coordinar el Estado Nacional con los gobiernos provinciales para la prevención y “recuperación” (sic) de la salud física y psíquica de los miembros de las comunidades indígenas, incluyendo diagnóstico y tratamiento de enfermedades, catastro sanitario, saneamiento ambiental, provisión de agua potable y vivienda, atención buco-dental, exámenes clínicos y cardiovasculares y nutrición adecuada. Pese al lenguaje de la ley, que parece indicar solamente

659 Observación General N° 14 (2000). Es de destacar, por su especial importancia para los pueblos indígenas, que la integridad personal incluye explícitamente el derecho a no ser sometido sin consentimiento a experimentos médicos o científicos (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

660 *Idem*.

661 Observación General N° 15 (2002).

662 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 37. La Asamblea General de las Naciones Unidas acaba de declarar que el acceso al agua potable es un derecho humano (28 de julio de 2010).

planes de acción administrativa, su coherente interpretación con el Convenio 169 y los demás tratados de derechos humanos permite inferir que se trata de derechos exigibles al Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado unidos el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras con el derecho a la salud, ya que aquel es necesario para el mantenimiento y la conservación de la cultura, sin la cual es imposible el bienestar individual y comunitario. Así, en el caso “Yakye Axa”, ha ordenado al Estado de Paraguay la indemnización por los sufrimientos, la tristeza y las condiciones de vida inhumanas a que fueron sometidos los miembros de la Comunidad por la exclusión de sus territorios ancestrales, debiendo crearse programas para el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, administrados con participación indígena.⁶⁶³ Igualmente, en el caso “Sawhoyamaxa”, entre las formas de reparación por la privación territorial, Paraguay fue condenado a *“habilitar el área reclamada por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa con servicios básicos, incluyendo agua potable e infraestructura sanitaria, un centro de salud y un establecimiento escolar”*.⁶⁶⁴

Advierte la O.I.T. que los pueblos indígenas suelen estar marginados en cuanto al acceso a la salud pública y que en muchos casos los servicios que se brindan no son adecuados o aceptables para las comunidades indígenas. *“Por ejemplo, el personal de salud pública puede tener actitudes discriminatorias hacia las culturas y prácticas indígenas, y suele ser reacio a establecerse en áreas remotas; puede haber barreras idiomáticas; la infraestructura suele ser pobre y los servicios caros”*.⁶⁶⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante una solicitud del Defensor del Pueblo por la violación al derecho a la salud de comunidades indígenas de la Provincia del Chaco ordenó de inmediato y como medida cautelar al Estado Nacional y a la Provincia *“el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios”*, fundando la decisión en que *“le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida*

663 Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafos 206 y 206.

664 Sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafo 202.

665 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 146.

del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados (conf. causa citada precedentemente; Fallos:328:1146)".⁶⁶⁶

Participación y autogestión

El primer párrafo obliga a los gobiernos a "poner a disposición" servicios de salud adecuados o "proporcionar los medios" (que incluyen, obviamente, los recursos necesarios) para que los pueblos indígenas organicen y administren sus servicios de salud, en condiciones que les permitan asegurar "el máximo nivel posible de salud física y mental". La opción está en manos de los propios pueblos indígenas. La "puesta a disposición" requiere de la participación indígena, el "control" asegurado a los pueblos es el mismo establecido en el artículo 7 del Convenio, y la autogestión incluye la iniciativa.⁶⁶⁷

Tanto los servicios administrados por el Estado como aquellos cuya responsabilidad se ha puesto en manos de los pueblos indígenas, deben organizarse a nivel comunitario, es decir, en los agrupamientos humanos característicos de los pueblos indígenas, tal como lo recomienda la O.M.S. con carácter más general. El texto dice "en la medida de lo posible" pero no debe entenderse ello como dependiendo de la evaluación que hagan los funcionarios estatales (pues para ellos suele ser "imposible" toda organización diferente a la estructura jerárquica y piramidal en la que están habituados a ejercer sus funciones). Del debate de la comisión redactora resulta claro que en este caso, como en casi todos en los que aparecen cláusulas similares, la *posibilidad* hace referencia a condiciones objetivas diferentes de la mera voluntad estatal. En este caso, la imposibilidad alude a comunidades demasiado pequeñas, con inadecuada organización para prestar el servicio o que han manifestado su voluntad en contrario.

Todos los servicios deben "planearse y administrarse" con participación indígena. Esta involucra a representantes generales más allá del nivel comunitario ya que el objetivo es el protagonismo indígena en la prestación de sus servicios de salud.⁶⁶⁸ De igual modo, con participación indígena, deben coordinarse los servicios de salud "con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país" (apartado 4), ya que ello resulta de los artículos 6, 7 y 33 del Convenio. La finalidad última es transferir la plena responsabilidad y el control de estos servicios a los pueblos o comunidades indígenas, cuando éstos estimen que están

666 Caso "Defensor del Pueblo" (2007). Fallos: 330:4134.

667 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 63.

668 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (1), pág. 14.

en condiciones de hacerlo.⁶⁶⁹

Métodos, prácticas y medicamentos propios

Tanto el nivel requerido de organización (comunitario) como el recaudo de participación no figuraban en el Convenio 107, como tampoco lo estaba la recuperación del papel de las prácticas curativas tradicionales (que ya enfatizaba la O.M.S.). El párrafo segundo del nuevo texto impone “tener en cuenta” las condiciones geográficas, económicas, sociales y culturales, además de los métodos indígenas de prevención, sus prácticas curativas y sus medicamentos tradicionales. Ello implica que el servicio de salud que se preste respetará las culturas y tradiciones indígenas, reconociendo que el mantenimiento de la salud contiene un elemento social que se descuida cuando, generalmente por prejuicios de la cultura dominante, se pretende aplicar recetas supuestamente universales a condiciones culturales diferentes.

La O.I.T. destaca que los sistemas tradicionales de salud se han desarrollado a través de las generaciones para satisfacer las necesidades especiales de los pueblos indígenas en su entorno local. Los sistemas curativos tradicionales y la atención biomédica coexisten en todas las regiones del mundo. *“Según las estimaciones de la OMS, al menos un 80% de la población de los países en desarrollo utiliza los sistemas curativos tradicionales como principal fuente de atención sanitaria”*.⁶⁷⁰

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tenido en cuenta la situación de los pueblos indígenas a fin de identificar los elementos que contribuyen a definir el derecho a la salud en sus propios ámbitos. *“El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resulten necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades*

669 O.I.T., *Un manual...*, pág. 60.

670 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 146.

*relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”.*⁶⁷¹

Organización comunitaria

El apartado tercero no estaba en el proyecto original y se agregó a propuesta de Canadá.⁶⁷² La formación y empleo de miembros de la comunidad tiene por finalidad facilitar la transferencia de los servicios a la comunidad, prevista en los apartados anteriores, y es obligatoria para los estados.

El énfasis en la atención primaria de la salud, “entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad”,⁶⁷³ transforma en norma positiva las recomendaciones de la O.M.S. en lo que respecta a servicios locales.

671 Observación General N° 14 (2000), apartado 27.

672 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 15.

673 Artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

Parte VI. Educación y Medios de Comunicación

La educación intercultural

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, órgano del Consejo de Derechos Humanos de la O.N.U., señala que toda educación *“ya sea formal o informal, pública o privada, debe estar orientada al logro de las metas y objetivos establecidos en el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los que se encuentran el pleno desarrollo de la personalidad humana, el sentido de la dignidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”*.⁶⁷⁴

Históricamente, los pueblos indígenas se han encontrado entre los sectores más pobres, marginados y desfavorecidos de la sociedad. Un importante factor que contribuye a que los pueblos indígenas se hallen en esa situación es la falta de una educación de calidad que priva a millones de niños indígenas del derecho humano básico a la educación. Una *educación de calidad* puede definirse como aquella que cuenta con recursos suficientes, es sensible desde el punto de vista cultural, respeta el patrimonio histórico, tiene en cuenta la seguridad e integridad culturales, contempla el desarrollo individual y comunitario y está diseñada de manera que su puesta en práctica sea viable.⁶⁷⁵

El Comité de Derechos del Niño señala que una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. *“Así, la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un*

674 Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación”, junio de 2009, párrafo 12.

675 *Idem*, párrafo 2.

medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas".⁶⁷⁶

La Declaración, por su parte, precisa claramente que la libre determinación de los pueblos indígenas incluye el derecho a transmitir su cultura mediante sistemas educativos y de comunicación propios (artículos 13 y 15).

De allí que las normas del Convenio sobre educación enfoquen dos objetivos simultáneos.⁶⁷⁷ En primer lugar, garantizar a los pueblos indígenas un nivel educativo de igual calidad que el del resto de la población. En segundo término, que la educación respete y reproduzca las pautas culturales propias, para lo cual es imprescindible el control y dirección por parte de los pueblos indígenas de sus procesos educativos,⁶⁷⁸ y su participación en el sistema general. Como resultado de no cumplirse con tales objetivos, en la práctica los pueblos indígenas están sometidos a una doble desventaja en relación al resto de la población. A la falta de acceso a la educación se suma que ésta en general conlleva contenidos denigrantes de las culturas originarias.⁶⁷⁹ Es importante determinar *qué clase de educación se imparte a los pueblos indígenas, "teniendo en cuenta que 'la educación' puede tanto destruir una cultura como protegerla"*.⁶⁸⁰ El Convenio además obliga a modificaciones generales en la educación de todos los sectores, ya que la eliminación de la discriminación racial no puede limitarse a las escuelas y establecimientos ubicados en las comunidades indígenas (artículo 31).

En esta materia, el Estado Nacional y las provincias no han adoptado una legislación y mucho menos una práctica efectiva, que den cumplimiento a las obligaciones internacionales. La Ley de Educación Nacional, 26.206, define entre los objetivos de la política educativa nacional al respeto a la diversidad cultural y a la *lengua e identidad cultural indígenas* (artículo 11 incisos d y ñ) y establece la "Educación Intercultural Bilingüe" como una de las ocho modalidades de la estructura del Sistema Educativo Nacional (artículos 17, 52, 53 y 54). A su vez, el conocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas y sus derechos debe formar parte de los contenidos curriculares comunes a todas las jurisdicciones (artículos 54 y 92 inciso e). Sin embargo, las disposiciones de esta ley, aunque mejoran el reconocimiento de derechos en relación a la ley anterior (24.195), se encuentran por debajo de las obligaciones establecidas en la Constitución y en el Convenio 169 puesto que tales normas no se establecen claramente como derechos,

676 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 11 (2009), párrafo 57.

677 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 24.

678 C.I.D.H., *La situación...*, pág. 71.

679 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 362.

680 Thornberry, *International Law...*, pág. 366.

sino como objetivos de las administraciones. La ausencia de participación indígena en el Consejo Federal de Educación, la omisión de los derechos de los alumnos y padres indígenas a que se respete y transmita su cultura (artículos 126 y 128) y la falta de toda norma que reconozca la autonomía educativa indígena, permiten señalar que la ley de Educación no alcanza los estándares mínimos de cumplimiento de los derechos establecidos por normas de jerarquía superior. Debido a la falta de participación acorde al Convenio 169, la práctica educativa en todas las jurisdicciones, de modo similar al común de la actividad estatal, reproduce su inercia administrativa y sigue orientada por paradigmas que promueven la asimilación de los pueblos indígenas en la sociedad y la cultura dominantes.⁶⁸¹ Como resultado de ello, la situación actual no garantiza la realización efectiva de los derechos a la enseñanza bilingüe e intercultural, a la igualdad de calidad en la enseñanza, a la participación general en la elaboración de los contenidos y de las medidas tendientes a preservar los idiomas, a la transferencia progresiva de los servicios educativos y a la adecuación de los programas y contenidos generales de la educación en todos los sectores con el fin de eliminar los prejuicios hacia los pueblos indígenas.

Nuestro país, pese a las declaraciones generales de reconocimiento de derechos, prosigue, en la práctica con la reproducción de una educación discriminatoria. La principal forma de discriminación en materia de educación, sostiene el Relator Especial de la O.N.U., *“ha sido la tendencia de usar la escuela como un instrumento privilegiado para promover la asimilación de los pueblos indígenas al modelo cultural de la mayoría o de la sociedad dominante. El currículo de las escuelas generalmente está diseñado para la niñez urbana y resulta poco relevante en el medio indígena. En efecto, durante mucho tiempo y en muchos países el objetivo mismo de la educación indígena era de ‘civilizar’ a los niños indígenas, enseñándoles la lengua, la cultura y los conocimientos del grupo dominante, que después de los colonizadores fue el de la nacionalidad hegemónica. Para ello funcionaba la educación impartida por el Estado así como la que practicaban las diversas misiones religiosas”*. Generaciones enteras de niños y niñas indígenas han pasado por estas escuelas, en las que sufrían discriminación lingüística, religiosa y cultural.⁶⁸²

Particularmente notorio a este respecto han sido los internados para indígenas. En muchos lugares los internados *“han sido instrumentos implacables para separar a generaciones enteras de estudiantes indígenas de sus raíces*

681 Hualpa, Eduardo; Sin despojos. *Derecho a la participación Mapuche – Tehuelche*, Endepa, Resistencia, 2003, págs 66 y 67.

682 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 2005, párrafo 41.

*culturales, y muchas veces de sus familias, dejando daños irreparables para la supervivencia de las culturas y sociedades indígenas.*⁶⁸³

El reconocimiento de las nacionalidades y culturas indígenas, así como la transformación en un Estado plurinacional, en donde *“todas las culturas y todos los idiomas reciban el lugar apropiado”*, como le señaló a la Argentina el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial,⁶⁸⁴ no puede limitarse a un solo sector educativo, la enseñanza en las comunidades y pueblos indígenas, como hace la Ley de Educación Nacional, 26.606, dejando intacto todo el resto del sistema de enseñanza, con su visión colonizadora y racista de los pueblos indígenas. El derecho a una educación intercultural tiene alcances sobre toda la enseñanza. La *interculturalidad*, dice la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, “se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”.⁶⁸⁵ Por eso, el multilingüismo y la interculturalidad no son cotos cerrados de las comunidades indígenas. *“La verdadera educación intercultural debe aplicarse también en los sistemas educativos a nivel nacional, porque solamente así podrán ser reconocidos plenamente los derechos humanos e los pueblos indígenas”*, expresa el Relator Especial de las Naciones Unidas.⁶⁸⁶

Esto es particularmente necesario en nuestro país, en el que durante más de un siglo, e incluso actualmente en muchas jurisdicciones, los textos escolares aprobados y provistos por el Ministerio de Educación de la Nación ejecutaron la política de homogeneidad cultural en donde los indígenas ocupaban el lugar del “otro contrapuesto” a la identidad nacional, la fuente de todo mal destinada a su conversión o eliminación.⁶⁸⁷ Las supuestas “gestas” militares civilizadoras frente al *indio*, especialmente en las regiones de más reciente colonización, siguen ocupando un lugar destacado en los relatos escolares. La Ley de Educación Nacional, que no contempla la presencia y voz indígenas en los organismos de dirección general del sistema y que relega la *interculturalidad* a una modalidad especial,⁶⁸⁸ facilita la continuidad de esta discriminación.

683 *Idem*, párrafo 43.

684 CERD, Examen..., párrafo 19.

685 Definición del artículo 4.8 de la Convención.

686 Informe del Relator..., (2005), párrafo 67.

687 Cucuzza, Héctor R.; *Yo argentino. La construcción de la Nación en los libros escolares (1873-1930)*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2007, págs.98 y siguientes.

688 En la ideología de la “tolerancia” al diferente como alejado de lo “normal”, la interculturalidad se concibe como una cuestión que atañe sólo a los pueblos indígenas, así como las temáticas de género comprenden únicamente a las mujeres.

Derecho a la educación. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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 fundada en su origen o identidad indígena.

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.

Artículo 14.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho

a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

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.

El derecho de los pueblos indígenas a la educación

El acceso a la educación establecido como derecho, figura desde el inicio en el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así aparece en el artículo XII de la Declaración Americana, en el artículo 26 de la Declaración Universal, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que el derecho a la educación se ha clasificado de distintas maneras “*como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*”.⁶⁸⁹ Comprende los elementos de disponibilidad (condiciones institucionales suficientes), accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material y económica), aceptabilidad (programas y métodos pertinentes, culturalmente adecuados y de buena calidad) y adaptabilidad (flexibilidad en contextos culturales y sociales variados).⁶⁹⁰

La educación, dice el Protocolo de San Salvador, “deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz”, además “debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz” (artículo 13). El texto es una actualización del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

689 Observación general N° 11 (1999).

690 Observación general N° 13 (1999).

Sociales y Culturales. La Convención sobre los Derechos del Niño agrega a estos objetivos el respeto a la propia identidad cultural (artículo 29). Por el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la enseñanza técnica y profesional constituye un elemento integral de todos los niveles de educación.⁶⁹¹

La enseñanza primaria ha de ser obligatoria y gratuita, lo que excluye la imposición (legal o de hecho) de todo tipo de costos, directos o indirectos, que pongan en peligro la realización del derecho.⁶⁹² La enseñanza secundaria debe ser progresivamente gratuita y generalizada. *“La expresión ‘generalizada’ significa, en primer lugar, que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones”*.⁶⁹³ La enseñanza superior debe hacerse accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (Artículo 13 del Protocolo de San Salvador y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por su parte, la Constitución Nacional garantiza la “gratuidad y equidad de la educación pública estatal” sin distinción de niveles (artículo 75 inciso 19).

Para los pueblos indígenas, el derecho a la educación no puede concebirse como un derecho separado del respeto a su identidad colectiva. Una educación que promueve el sentido de dignidad tiene que proteger la libre vida cultural de su comunidad, porque “sólo en ella [una persona] puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, como lo reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29. Si las formas y contenidos pedagógicos implican mensajes de desconocimiento de los idiomas o valores indígenas y transmiten objetivos de asimilación a la cultura hegemónica, considerada como “superior”, son contrarias al derecho a la educación de los pueblos indígenas. Es que los *derechos*, para ser tales, se conciben a partir de la mirada de los sujetos, individuales o colectivos, como herramientas para su libertad, la justicia y la paz en un mundo “en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.⁶⁹⁴ De un sistema educativo dirigido como instrumento de colonización cultural sobre los pueblos indígenas, tal como el que existe en nuestro país, no puede decirse que cumpla con el “derecho a la educación” establecido en los instrumentos de derechos humanos.

La educación que ha impartido históricamente el Estado o las corporaciones

691 *Idem*.

692 Comité D.E.S.C., Observación general N° 11 (1999).

693 Comité D.E.S.C., Observación general N° 13 (1999).

694 Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

religiosas o privadas “*han sido un arma de dos filos para los pueblos indígenas*”, sostiene el Relator Especial de las Naciones Unidas.⁶⁹⁵ Por una parte, han significado con frecuencia la posibilidad para los niños y las niñas, así como los jóvenes indígenas, de adquirir conocimientos y capacidades que les permiten progresar en la vida y de relacionarse con el mundo más amplio. Por otra parte, la educación formal, sobre todo cuando sus programas, currícula y métodos provienen de sociedades distintas y ajenas a las culturas indígenas, ha sido también un mecanismo para la transformación impuesta y a veces la destrucción de las culturas indígenas.⁶⁹⁶

El artículo 26 del Convenio, el primero referido a esta materia, establece así que la cláusula no discriminatoria es indistinguible del derecho a la educación. De allí que la realización efectiva de este derecho de los pueblos indígenas “en pie de igualdad”, supone ausencia de discriminación en los dos aspectos en que ésta se manifiesta. Por una parte, la educación debe promover el fortalecimiento de la identidad colectiva indígena, del mismo modo que en otros ámbitos atiende al mantenimiento y reproducción de la cultura hegemónica. Por otra parte, los recursos que el Estado debe destinar para la educación en los pueblos indígenas deben ser los necesarios para que el cumplimiento de estos objetivos se realice en niveles equivalentes.

En muchos sectores de la Argentina se cree que el acceso igualitario a la educación consiste en promover la asimilación y la uniformidad en todos los ámbitos.⁶⁹⁷ Esta idea muy arraigada presupone la “superioridad” de la cultura hegemónica y contradice la expresa protección de la diversidad cultural establecida en los instrumentos internacionales.⁶⁹⁸ Es importante volver a señalar que el principio de no discriminación “*exige tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos*”, como lo ha resaltado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.⁶⁹⁹ Este Comité le ha señalado a la Argentina que en el proceso de aprendizaje, todas las culturas y todos los idiomas deben recibir el lugar apropiado para lograr la construcción de una sociedad verdaderamente multicultural.⁷⁰⁰

El Comité de Derechos del Niño también ha aclarado que para que los niños indígenas ejerzan su derecho a la educación en las mismas condiciones que

695 Informe del Relator..., 2005, párrafo 15.

696 *Idem*.

697 Esta es la ideología ínsita en el uso obligatorio del guardapolvo blanco como uniforme escolar.

698 Además de los instrumentos específicamente referidos a los pueblos indígenas, el rechazo a la uniformidad educativa resulta de la Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005, ratificada por la Argentina) y el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

699 CERD, Informe anual 2007, párrafo 328.

700 CERD, Examen..., párrafo 19.

los no indígenas, los estados deberían adoptar una serie de medidas especiales no discriminatorias. Por una parte, deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. Los programas y servicios de educación deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con los pueblos indígenas a fin de responder a sus necesidades particulares. Además, los gobiernos deben reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones cumplan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos.⁷⁰¹

En cuanto a la distribución de los recursos en el sistema educativo, cabe advertir que el acceso a la educación por parte de los pueblos indígenas tiene obstáculos de los que carecen otros sectores. Entre estos obstáculos se cuentan la ausencia de establecimientos secundarios en las comunidades y la falta de un sistema de becas y de presupuesto adecuado para las escuelas, entre los más comunes. Esta desigualdad en la distribución de recursos es discriminatoria. En el ámbito educativo, constituye discriminación excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza, limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo, imponer sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos o colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana, entendiéndose como “enseñanza” sus diversos tipos y grados, el acceso, el nivel, la calidad y las condiciones en que se da.⁷⁰² La Comisión de Expertos de la O.I.T. ha señalado como violatorio del Convenio 169 el menor nivel de educación en las comunidades indígenas así como las restricciones al acceso y oportunidades impuestas por sus pobres condiciones socio económicas.⁷⁰³

El Convenio obliga a la realización de medidas especiales, administrativas, legislativas o judiciales, para igualar la discriminación de hecho en que se encuentran los pueblos indígenas.⁷⁰⁴ Especialmente, los estados “*tienen la obligación de velar por que exista un sistema de becas de enseñanza que ayude a los grupos*

701 Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 11 (2009), párrafo 60 (con cita expresa del artículo 27 del Convenio 169).

702 Convención relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1962), artículo 1. Debe advertirse que los establecimientos separados para culturas diferentes constituyen discriminación sólo cuando resultan de una “imposición”, tal como lo expresa la Convención. Remitimos al comentario al último párrafo del artículo 4 del Convenio.

703 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 38.

704 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 64.

desfavorecidos”.⁷⁰⁵ Este trato especial no es discriminatorio ya que resulta de la necesidad de mayor protección a los grupos vulnerables (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional⁷⁰⁶).

Las medidas requeridas no deben adoptarse únicamente en el ámbito educativo, puesto que la igualdad no depende sólo del sistema de educación oficial sino también del mejoramiento de las condiciones económicas y sociales.⁷⁰⁷

El Comité de Derechos del Niño, en referencia a los artículos 29 y 30 de la Convención, ha expresado sus preocupaciones por la discriminación que sufren los niños indígenas, sobrerrepresentados en los índices de deserción escolar, por la necesidad de enseñanza tolerante, por el número insuficiente de docentes en relación con el que tienen los niños de otros sectores de la población, por la falta de recursos para la educación de los niños indígenas, por la ausencia de atención a los objetivos especiales que requiere la educación en los pueblos indígenas y por la necesidad de combatir prejuicios y actitudes negativas contra los niños indígenas.⁷⁰⁸

705 Comité D.E.S.C., Observación general N° 13 (1999).

706 En el mismo sentido los artículos 1.4 y 2.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

707 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 86.

708 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 232.

Autonomía educativa. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

Artículo 14.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan 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.

Objetivos

El derecho a la educación, sostiene el Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un medio indispensable para el ejercicio del derecho a la libre determinación. *“La educación es una condición previa esencial para que los pueblos indígenas tengan la capacidad de procurar su propio desarrollo económico, social y cultural de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Declaración”*.⁷⁰⁹

El comentario de la guía de la O.I.T. al primer apartado del artículo 27 del Convenio dice que *“los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente en el desarrollo y la puesta en marcha de los mencionados programas de educación de modo tal de garantizar que los programas educativos satisfagan concretamente sus necesidades específicas y que sus valores, culturas, conocimientos e idiomas sean parte integral de dichos programas. Esta estipulación también subraya que los programas de educación deben reflejar las aspiraciones futuras de los pueblos indígenas en lo que respecta a cuestiones sociales, económicas y culturales. Esto refleja la aceptación de que la educación es un medio importante de garantizar que las sociedades indígenas puedan desarrollarse de acuerdo con sus propias prioridades y aspiraciones”*.⁷¹⁰

El artículo determina que el conjunto de la educación prestada a los pueblos indígenas debe planearse, ejecutarse y evaluarse con su participación y con la finalidad de responder a sus necesidades. La adecuación debe incluir tanto los contenidos necesarios para la preservación o reconstrucción de la identidad cultural como la forma en que se imparte la enseñanza. Ello incluye la organización del

709 Mecanismo de Expertos, “Estudio...”, párrafo 39.

710 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 131.

aula y de los cursos, el papel de los docentes y padres, los tiempos de enseñanza y la integración a las prácticas comunitarias, entre otros aspectos, puesto que “programas y servicios” implica tanto la forma como el contenido de la educación. De allí que la Comisión de Expertos de la O.I.T. considere que los programas educacionales aplicados uniformemente en todo el país, y que no se dirigen a las especiales características de las comunidades indígenas o no consideren su especial cultura, sean violatorios del Convenio 169.⁷¹¹

El nuevo texto desecha las connotaciones de inferioridad que contenía el Convenio 107 y que sugerían un estadio social menos evolucionado, reconociéndose ahora que la educación debe ser adecuada a la construcción de una sociedad culturalmente plural (el artículo 31 del Convenio 169 establece obligaciones respecto de la educación de sectores no indígenas en el mismo sentido).

Como en todo el Convenio, la participación es la *pedra angular* de la adecuación del sistema de enseñanza a los requerimientos indígenas. La cooperación establecida implica necesarios acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas en el proceso, además de una conducción conjunta, superior a la que requería el término colaboración que figuraba en el proyecto y que fue reemplazado a propuesta de Australia.⁷¹² Lo que se impone es el mantenimiento de un diálogo continuo que no cesa una vez establecidas las nuevas normas educativas,⁷¹³ de allí que la aplicación siempre requiera participación indígena. La supresión de la norma del Convenio 107 que establecía previos estudios etnológicos implica el paso de los pueblos indígenas de *objeto* de la acción oficial a *sujetos* de su autonomía.

Gestión educativa autónoma

El Estado no sólo tiene la obligación de reconocer la autonomía indígena sobre el desarrollo de sus procesos sociales sino que también está obligado a promover las condiciones para que esta autonomía sea posible. Por ello, el segundo párrafo dispone la necesaria formación de los miembros de los pueblos para transferir progresivamente los servicios educativos.

El párrafo, interpretado conjuntamente con el apartado tercero, establece además la obligación de realizar dicha transferencia cuando los pueblos estén en condiciones de administrar sus propios servicios educativos y así lo deseen (o sea

711 O.I.T., Análisis comparativo de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994, pág. 38.

712 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 65.

713 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 362.

“cuando haya lugar”). Ello no autoriza al Estado a abandonar sus obligaciones en materia de financiamiento educativo puesto que lo que se establece es la transferencia de competencias en la ejecución.⁷¹⁴ De acuerdo a las normas generales del Convenio, la posibilidad de los pueblos o comunidades para recibir progresivamente la gestión educativa debe ser decidida con participación indígena (artículo 6) y no puede realizarse en contra de los deseos de los propios interesados (artículo 4).

El tercer apartado complementa el anterior. En ambos casos, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autogestión educativa. El reconocimiento de la iniciativa de creación de sus propias instituciones es por una parte una aplicación del derecho general de enseñar, establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional, pero además posee un alcance superior al que tiene cualquier grupo social de fundar sus propios establecimientos, porque, además de que las formas y contenidos deben ser adecuados a la propia cultura, el Estado se encuentra obligado a financiar íntegramente la educación autónoma indígena. Respecto de los pueblos indígenas, “*cuando el proceso se estructura, los recursos deben estar disponibles*”.⁷¹⁵ Por ello, fue desechada la propuesta canadiense de subordinar dicha obligación “cuando sea apropiado”.⁷¹⁶

Los establecimientos deben satisfacer las normas mínimas determinadas por las autoridades educativas, pero tales normas deben ser dictadas en consulta y con participación de los pueblos indígenas, de acuerdo a los principios generales.⁷¹⁷ A tal fin, la burocracia estatal deberá establecer los mecanismos adecuados de consulta de modo que las normas resulten del diálogo y no de su imposición.⁷¹⁸

El estudio del Mecanismo de Expertos

En el año 2009 el Mecanismo de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dedicó a las instituciones y sistemas educativos propios, un capítulo íntegro de su estudio sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación.⁷¹⁹ Los expertos señalan que estos sistemas e instituciones indígenas pueden clasificarse en dos categorías principales: el aprendizaje de carácter tradicional y la integración de las perspectivas y el idioma indígenas en los sistemas

714 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 14.

715 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 363.

716 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 66.

717 Ver comentario al artículo 6 del Convenio.

718 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 363.

719 Mecanismo de Expertos, “Estudio...”, párrafos 41 y siguientes.

e instituciones educativas de índole general.

La educación tradicional indígena puede describirse como un proceso pedagógico que tiene lugar a lo largo de toda la vida de la persona, una transferencia de conocimientos entre generaciones.⁷²⁰ Se consigue mediante los principios del aprendizaje participativo, el crecimiento global, los cuidados, la confianza mutua, la exposición, la observación, la práctica o el diálogo. Los niños están expuestos desde una temprana edad a diferentes tipos de actividades que se realizan en la comunidad. A partir del ejemplo de los adultos que los rodean, aprenden las formas de vida indígenas y las normas consuetudinarias, expresadas como prohibiciones y limitaciones sobre lo que se puede y no se puede hacer en la comunidad. La educación tradicional incluye la ordenación y utilización sostenibles de la tierra, los territorios y los recursos. La garantía del acceso a los recursos es una condición previa necesaria para la transmisión de los elementos fundamentales de los conocimientos tradicionales. En la mayoría de las sociedades indígenas el aprendizaje se realiza principalmente por tradición oral, lo que hace que el mantenimiento del idioma sea una parte esencial de la educación.⁷²¹

Pero además, los pueblos indígenas hacen enormes esfuerzos por integrar sus perspectivas y sus idiomas en la educación general. La inclusión de las formas indígenas de aprendizaje, enseñanza, instrucción y formación es importante para que los alumnos o aprendices y los maestros o instructores integrados en las instituciones generales puedan aprovechar la enseñanza de una forma sensible desde el punto de vista cultural que aproveche, utilice, promueva y fomente la conciencia acerca de las perspectivas y los idiomas indígenas.⁷²²

Para los alumnos o aprendices y los maestros o instructores indígenas, la inclusión de los métodos mencionados mejora a menudo la eficacia y los resultados al ofrecer una enseñanza que se ajusta a las perspectivas, experiencias y visión del mundo propias de las poblaciones indígenas. Para los alumnos y maestros que no son indígenas, la utilización de esos métodos en la enseñanza ha dado lugar a una mayor concientización, respeto y aprecio de las realidades culturales.⁷²³

Para que los derechos de los pueblos indígenas a la educación se realicen efectivamente, la asignación de recursos y prioridades a ese objetivo reviste la mayor importancia. La mejora de la infraestructura, las formas de escolarización en el hogar que no impliquen el desarraigo en un internado, el material docente específico, el ensayo de nuevos programas de estudio apropiados, los incentivos a docentes, el

720 *Idem*, párrafo 43.

721 *Idem*, párrafos 44 y 46.

722 *Idem*, párrafos 51 y 52.

723 *Idem*, párrafo 53.

sostenimiento de los modos indígenas de aprendizaje, en particular la transmisión entre generaciones de los conocimientos y habilidades prácticas relacionados con los oficios tradicionales y las actividades económicas comunitarias, requieren un financiamiento adecuado por parte de los estados.⁷²⁴

La integración de las perspectivas indígenas en los programas educativos generales sirve de ayuda para el desarrollo de aptitudes vitales y vocacionales y hace que los alumnos indígenas puedan sentirse orgullosos de su propia cultura y modo de vida y aborden los estudios con confianza y éxito. El respeto a la experiencia de los ancianos indígenas y la reserva para ellos de un papel importante en un sistema educativo general integrado es una forma eficaz de revitalizar la sociedad indígena y mejorar el aprendizaje entre los alumnos indígenas.⁷²⁵

Los programas de fomento de la capacidad y formación de profesores encaminados a facilitar a las comunidades la gestión de los proyectos educativos de forma independiente son esenciales para que la aplicación a largo plazo de cualquier programa de estudios tenga éxito. La formación de profesores incluye estrategias para que éstos estén en condiciones de impartir programas de estudio que sean apropiados desde el punto de vista cultural y para fomentar la participación y el progreso académico de los alumnos indígenas. La contratación y formación especial de maestros entre los miembros de las comunidades indígenas para enseñar en sus lugares de origen, flexibilizando los criterios de contratación generales, es la estrategia más adecuada para contar con los recursos humanos necesarios para la gestión indígena de sus sistemas educativos. La participación comunitaria, a través de los padres, los ancianos y las organizaciones de las comunidades indígenas, siempre contribuye a mejorar la ejecución de estos programas.⁷²⁶

724 *Idem*, párrafos 59, 60 y 61. Se señala como un ejemplo a la Facultad Universitaria Sami (Noruega).

725 *Idem*, párrafos 68 y 70.

726 *Idem*, párrafos 81 y 82.

Educación bilingüe. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Artículo 14.

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.

Educación en lengua materna

Señala la O.I.T. que si bien el bilingüismo y el multilingüismo constituyen la forma de evitar que los idiomas desaparezcan, paradójicamente, no son políticas alentadas entre los grandes grupos de idiomas, cuyos hablantes consideran al monolingüismo como la norma y como el estado preferido del idioma humano. Muchos países cuentan con preceptos constitucionales y disposiciones legales con respecto a los derechos lingüísticos, aunque en escasos casos son implementados en el contexto de la educación formal. El desafío consiste en ofrecer educación bilingüe a los niños indígenas permitiéndoles de ese modo desarrollar sus aptitudes tanto en su idioma indígena como en el oficial.⁷²⁷

El artículo precisa en detalle cómo hacer efectivo el derecho de los pueblos indígenas a una educación bilingüe, garantizado por la Constitución (artículo 75 inciso 17). Este derecho constituye una herramienta esencial para la preservación de la propia cultura. *“La cultura de un grupo depende de la realidad y apropiación de su lenguaje. Sofocar el lenguaje ha sido siempre parte de las políticas de dominación y la lucha por su mantenimiento, cuando ello era posible, fue siempre una precondición de todo movimiento de liberación”*.⁷²⁸

El primer párrafo contiene el principio general que impone la enseñanza en el lenguaje materno a los niños de los pueblos indígenas. Ello cumple con las recomendaciones de la UNESCO relativas a que la educación inicial debe ser en el lenguaje que los niños dominan como propio, de modo que la norma no sólo apunta a la preservación de la cultura sino también a evitar un tratamiento desventajoso en educación.⁷²⁹ Las diferencias con el Convenio 107 son notorias, ya que la norma anterior ponía como objetivo la “transición progresiva” de la lengua indígena al idioma nacional, coherente con su espíritu asimilacionista.

La condición “siempre que sea viable”, no está referida a la disponibilidad de recursos estatales sino a la situación real en que se halla el idioma propio en los pueblos indígenas, sobre todo en los casos en que son pocos los individuos que lo hablan.⁷³⁰

Debe destacarse que la traducción castellana sigue la versión francesa y utiliza el término “lengua” (“langue”), a diferencia del texto en inglés que menciona “language” (lenguaje). Dada la equivalencia entre ambos textos

727 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 134.

728 Lador-Lederer; *International Group Protection, Aims and Methods in Human Rights* (Leiden: Sijthoff, 1968), citado en Thornberry, *International Law...*, pág. 163.

729 Capotorty, *Study...*, pág. 40.

730 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 24.

(artículo 44), deben entenderse tales términos como sinónimos, evitando establecer diferencias jerárquicas entre ellos. Las diferencias entre *idioma* y *dialecto* son fundamentalmente políticas ya que en la conformación de los estados nacionales el *dialecto* del grupo dominante se transformó en “idioma”, relegando a los demás a una condición de supuesta inferioridad lingüística. Tales consideraciones permiten descartar que la utilización del término *lengua* en el texto castellano conlleve connotaciones de inferioridad respecto del lenguaje oficial. Por eso la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se refiere a “los idiomas de los Pueblos Originarios” (artículo 9 de la Ley 26.522).

Si al inicio del primer apartado se establece la obligación de enseñar en lengua indígena, la segunda parte (que se aplica cuando no es viable la enseñanza en el idioma propio) obliga a adoptar medidas tendientes a enseñar el lenguaje indígena, a fin de preservar su uso, enseñándolo sistemáticamente a los niños de los propios pueblos (apartado 3). La falta de provisión de cargos a tal fin en el presupuesto educativo constituye una omisión que viola los derechos establecidos en las normas mencionadas.⁷³¹

Dominio de la lengua oficial

El segundo apartado establece además el derecho de los pueblos indígenas a recibir una educación que les permita dominar la lengua oficial del país y la obligación del Estado de prestar los recursos para ello. De este modo, se impide que la enseñanza en la propia lengua se constituya en un elemento de segregación y discriminación (artículo 5 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza).⁷³²

Este aspecto del bilingüismo pone de manifiesto las complejidades que deben abordarse para un tratamiento adecuado de la diversidad cultural, las que sólo pueden solucionarse mediante la participación indígena. Por una parte, el fomento del uso del lenguaje indígena permite la preservación de la propia cultura y el favorecimiento del aprendizaje. Pero de constituir ese el único idioma que dominen los miembros de los pueblos indígenas, el resultado puede concluir en una segregación desventajosa dentro de una sociedad dominante que habla otra lengua,

731 Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Junín de los Andes, Provincia del Neuquén, sentencia del 17 de agosto de 2000 en autos “Painefilu, Mariano José y otros c/ Consejo Provincial de educación s/ Amparo”. Texto completo en Pollitzer, Germán; *Marco legal para las comunidades indígenas de Argentina*, Fundación Cruzada Patagónica, Buenos Aires, 2001.

732 Capotorty, *Study...*, pág. 62.

en la que se expresan el derecho, los negocios y la administración.⁷³³

El Convenio 107 adoptó una salida integracionista al problema, estableciendo la “transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional”. Tal orientación es inadmisibles porque no implica la convivencia de dos culturas sino la desaparición de una y su disolución en el grupo dominante. Hoy la educación indígena debe ser bilingüe e intercultural,⁷³⁴ tendiéndose a igual dominio del idioma materno que del oficial, ya que ambas lenguas no se oponen, en el sentido de que el ejercicio de una disminuya la capacidad respecto a la otra, sino que –por el contrario- el acceso a más de un idioma incrementa el aprendizaje.⁷³⁵ De todos modos, resulta claro que la posibilidad de dominar la lengua oficial es posterior a la enseñanza inicial que debe realizarse sobre el idioma materno.⁷³⁶

Medidas especiales de protección del idioma

El último apartado impone una obligación fuerte sobre los estados, que deberán adoptar medidas apropiadas para proteger los lenguajes indígenas,⁷³⁷ a los que el Convenio 169 les reconoce un valor propio como consecuencia de la positiva consideración de la diversidad lingüística.⁷³⁸ Esta protección debe ser realizada promoviendo su desarrollo y práctica. Entre las medidas necesarias se encuentra el reconocimiento de los lenguajes indígenas como idiomas oficiales, o al menos el derecho de los pueblos indígenas a que sus comunicaciones con el Estado se realicen en sus idiomas (artículos 4 y 5 del Convenio), aún cuando tengan cierto dominio del lenguaje oficial.

733 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 364.

734 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 24 y *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 91 y 92.

735 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 313.

736 *Idem*, pág. 364.

737 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 92 (el proyecto decía “en la medida de lo posible” pero el párrafo fue suprimido a propuesta de la representación argentina).

738 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 337.

Conocimientos generales. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Artículo 14.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

Conocimientos generales

El texto del Convenio 107 establecía la integración como el objetivo de la educación primaria de los niños indígenas. El nuevo Convenio reformula totalmente la norma y destaca la transmisión de conocimientos generales como un objetivo (entre otros) de modo acorde con una concepción intercultural de la educación.

El objetivo señalado en el artículo tiene en miras una educación capaz de facilitar la participación plena tanto en la propia cultura como en el país

multicultural. El realce de los conocimientos necesarios para el mantenimiento de la vida autónoma de su comunidad no debe impedir, al mismo tiempo, adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto.

Son los propios pueblos indígenas los que deben evaluar cuáles son estos conocimientos necesarios para la participación igualitaria en ambos mundos culturales.⁷³⁹ No sólo por las normas del propio Convenio (artículos 5, 6, 7, 26 y 33, entre otros) sino porque quienes experimentan las relaciones entre dos culturas desde la posición de desventaja se encuentran con mayor capacidad de adoptar las decisiones necesarias para que dicha convivencia sea igualitaria.

En su Observación general sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de Derechos del Niño ha resaltado los objetivos generales de la educación de acuerdo al artículo 29 de la Convención. La educación deberá estar encaminada al desarrollo del respeto de la identidad cultural del niño, de su idioma, de sus valores y de las civilizaciones distintas de la suya. Otros objetivos son la preparación del niño para que asuma una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos.

La educación de los niños indígenas contribuye tanto a su desarrollo individual y al desarrollo comunitario como a su participación en la sociedad en sentido amplio. Una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. Además, refuerza la capacidad de los niños para ejercer sus derechos civiles a fin de influir en los procesos políticos para mejorar la protección de los derechos humanos. Así, la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas.⁷⁴⁰

⁷³⁹ Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 365.

⁷⁴⁰ Observación general N° 11 (2009), párrafos 56 y 57.

Información sobre los derechos. 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 al 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Información sobre los derechos

Tal como resulta también de los artículos 17 y 20, el Convenio no presume el conocimiento del derecho de Estado por parte de los pueblos indígenas (lo que resulta una limitación al artículo 20 del código civil). En este caso, el artículo se

refiere a la obligación de los gobiernos de difundir los derechos indígenas por medios acordes a su tradición y cultura, lo que constituye una aplicación especial del derecho a ser informado (artículos 13 y 14 de la Convención Americana).

El incumplimiento de esta obligación por parte del Estado puede hacer presumir desconocimiento inculpable de los derechos cuando los miembros de los pueblos indígenas actúan, sobre todo individualmente, ante las instancias estatales (no por “inferioridad” sino por pertenecer a una cultura diferente) y permitir la anulación de actos jurídicos perjudiciales a los pueblos indígenas o a sus miembros individuales. Sostener lo contrario implicaría que el incumplimiento estatal redundaría en perjuicio de los propios pueblos indígenas.

El deber estatal de difundir los derechos indígenas hace referencia a todos los derechos establecidos en el Convenio. El Convenio 107 sólo mencionaba los derechos del trabajo y los servicios sociales. Como dicho Convenio presumía la inevitabilidad de la integración, daba prioridad a los ámbitos en donde esa integración se tendría que realizar.

El segundo apartado también constituye una obligación estatal y tiene por finalidad evitar que el desconocimiento del idioma oficial o la falta de mecanismos de difusión impidan que los pueblos indígenas accedan a la información sobre sus derechos. La norma es concordante con el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los gobiernos a alentar a los medios de comunicación a tener en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños indígenas. Este derecho ha sido subrayado recientemente por el Comité de Derechos del Niño, para que los estados ayuden a los niños indígenas a tener acceso a los medios de información en sus propios idiomas.⁷⁴¹

La ley nacional 25.607 del año 2002 estableció la realización de una campaña nacional de difusión de los derechos de los pueblos indígenas, a cargo de una “autoridad de aplicación” que coordinaría sus acciones con el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. A ocho años de su promulgación, la ley no ha sido reglamentada, por lo que ni siquiera está designada la autoridad que debería tener a su cargo esa campaña.

741 Observación general N° 11 (2009), párrafo 40.

Educación e información interculturales

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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

Eliminación de prejuicios

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha afirmado reiteradamente que la discriminación contra los pueblos indígenas *“es una cuestión que incumbe a la Convención y que deben tomarse todas las medidas apropiadas para combatir y eliminar dicha discriminación”*.⁷⁴²

La O.I.T. sostiene que la intolerancia suele ser fruto de la ignorancia. *“Conocer otras culturas y formas de vida permitirá a las sociedades multiétnicas vivir en paz y armonía, con mutuo respeto y tolerancia de las diferencias de los demás”*.⁷⁴³

El Convenio destaca la necesidad de informar a los no indígenas sobre las culturas de los pueblos indígenas y tribales. A esos efectos, y entre otros medios, pueden ser útiles las publicaciones, la documentación, las películas, las muestras y las exhibiciones que describan e informen verazmente sobre sus formas de vida.⁷⁴⁴

El artículo comentado establece que la educación de todos los sectores de la sociedad debe estar orientada a la eliminación de los prejuicios en contra de los pueblos indígenas. Se enfatiza esta necesidad en los grupos que tienen mayor contacto con éstos. Esto se encuentra en consonancia con la exigencia de los pueblos indígenas de que se le brinde educación intercultural a todos los sectores de la sociedad en lugar de considerarlo exclusivamente como una prioridad de los pueblos indígenas.⁷⁴⁵ *“En última instancia, la comunicación y la educación interculturales gozan del potencial de prever y reducir conflictos en las sociedades multiculturales”*.⁷⁴⁶

Es de notar que las prácticas o ideas discriminatorias no se encuentran protegidas por la libertad de expresión. Por el contrario, para la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, resultan actos prohibidos *“toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”* (artículo 4). De acuerdo al Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial, *“la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad*

742 Recomendación general XXIII (1997).

743 O.I.T., *Un manual...*, pág. 67.

744 *Idem*.

745 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 136.

746 *Idem*.

*de opinión y de expresión. Este derecho está reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos humanos y aparece evocado en el inciso viii) del apartado d) del artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En el propio artículo se hace observar su pertinencia respecto del artículo 4. El ejercicio por los ciudadanos de este derecho lleva consigo especiales deberes y responsabilidades, especificados en el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal, entre los que reviste especial importancia la obligación de no difundir ideas racistas. El Comité desea, además, señalar a la atención de los Estados Partes el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual estará prohibida por la ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.*⁷⁴⁷ En el mismo sentido que el citado artículo 20 del Pacto, se encuentra la prohibición establecida en el quinto párrafo del artículo 13 de la Convención Americana.

El artículo del Convenio es concordante con otros instrumentos internacionales que imponen el deber de los estados de promover la tolerancia y la eliminación de prejuicios. El artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial establece, en el mismo sentido, que los estados “se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos”. La Convención sobre los derechos del Niño, además, establece que la educación de los niños debe estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre “con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (artículo 29). Por su parte, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza compromete a los estados a que la educación fomente “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos” (artículo 5). Y la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales obliga a los estados a propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público.⁷⁴⁸

Se impone una capacitación en los docentes para que conozcan todas las formas de prejuicios y discriminación prevalentes en los ámbitos no indígenas

747 Recomendación general XV (1993).

748 Artículo 10.

y cuenten con las herramientas pedagógicas necesarias para su eliminación. Tal como lo manifestó la representación de México, el artículo busca que a los pueblos indígenas “*se los conozca y comprenda como pertenecientes a otras culturas, pero iguales que el resto del género humano*”.⁷⁴⁹ Las medidas a adoptarse deberán contar con la participación indígena en su elaboración y control (artículos 6 y 33). Entre los destinatarios se deben encontrar no sólo los sectores docentes sino también el resto de los funcionarios públicos, incluidos los magistrados y funcionarios judiciales. Además, deben realizarse campañas generales para eliminar los prejuicios en el conjunto de la población.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (N° 26.522), redactada con la participación de las representaciones indígenas, es prácticamente la única legislación nacional que en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas está adecuada a las obligaciones internacionales del Estado. Establece que la comunicación audiovisual es un servicio público entre cuyos objetivos se encuentra “la preservación y promoción de la identidad y de los valores culturales de los Pueblos Originarios” (artículo 3 inciso ñ). Los contenidos discriminatorios en la programación se encuentran prohibidos (artículo 70) y los servicios de comunicación del Estado tendrán como objetivos “respetar y promover el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico” (artículo 121 inciso b). Establece la representación indígena en el Consejo Federal de Comunicación (artículo 16 inciso i), reconoce el idioma de los pueblos indígenas así como su derecho a establecer sus propios medios de comunicación con financiamiento público (artículos 9, 97, 151 y 152) y determina que estas directrices deben ejercerse en los términos y con el alcance previstos en el Convenio 169 (artículo 151).⁷⁵⁰ La Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, creada por el artículo 19, se encuentra facultada para recibir consultas, reclamos y denuncias y requerir el cumplimiento de la ley incluso mediante acciones judiciales. Obviamente, los propios pueblos indígenas pueden ejercer directamente también estos derechos.

Interculturalidad en el sistema educativo

Como si la interculturalidad fuera una cuestión que sólo interesara a los pueblos indígenas, la Ley de Educación Nacional argentina la relega a una modalidad más, entre otras.⁷⁵¹ Ello desconoce y contradice la Convención sobre diversidad cultural de la UNESCO y las recomendaciones del Comité para la Eliminación de

749 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 94.

750 La redacción es técnicamente defectuosa porque en lugar de aludir al Convenio menciona la Ley de su aprobación, 24.071, pero el efecto jurídico de ello no varía.

751 Remitimos a nuestros comentarios sobre educación intercultural al inicio del capítulo.

la Discriminación Racial. Este ha requerido al Estado argentino que se reconozca a sí mismo como un estado multiétnico, que valora y aprende de sus culturas indígenas,⁷⁵² lo que no resulta de la ley que ordena el sistema educativo. Para hacer realidad el respeto a la diversidad cultural -tal como lo sugiere la UNESCO-, y para reformar los sistemas educativos con el objeto de reorientar la educación hacia el pleno respeto de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos culturales y lingüísticos, “*es preciso que los pueblos indígenas puedan reconocerse a sí mismos en estos esfuerzos. Para ello se requiere que puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas (...) Los planes y programas educativos no deben ser diseñados en lejanas oficinas técnicas sin contacto directo con las comunidades indígenas*”, señala el Relator Especial de las Naciones Unidas.⁷⁵³

Esto resulta particularmente relevante en nuestro país, por cuanto el sistema educativo fue diseñado a partir de la segunda década del siglo XIX como un instrumento de consolidación de una “identidad nacional” vinculada a raíces europeas y de una impronta colonizadora, en donde el indígena asumía el papel del “otro” destinado a ser aniquilado o asimilado por la “civilización”.⁷⁵⁴ Actualmente, la mayoría de los mensajes pedagógicos contienen una versión de este objetivo, aunque con caracteres algo más atenuados.

Por tal razón, es importante recalcar que la parte final del artículo 31 del Convenio y el artículo 15 de la Declaración exigen la modificación de los textos pedagógicos y de los contenidos curriculares que aludan a los pueblos indígenas en términos de “sociedades primitivas”, “inferioridad racial” o conceptos similares. En un cuestionamiento implícito a las referencias sobre los pueblos indígenas que hace el material didáctico generalmente utilizado, la norma comentada obliga a su revisión, con la participación de éstos (artículo 6) para asegurar que ofrezca “una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas” de dichos pueblos.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de cuestionar en los tribunales el material didáctico en uso y reclamar que se incluya el punto de vista indígena o la supresión de dicho material cuando difunda el odio o la discriminación con referencias racistas o degradantes para las culturas originarias (se trata de los recursos efectivos contra todo acto de discriminación racial, que garantiza el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

752 CERD, Examen..., párrafo 27.

753 Informe del Relator... (2005), párrafo 68.

754 Cucuzza, *Yo argentino...*, págs. 98 y siguientes.

Derecho de rectificación o respuesta

La contracara de las obligaciones estatales que impone el artículo, consiste en el derecho de los pueblos indígenas a no ser discriminados en el ámbito de la difusión de las ideas y a que se respete su honra y reconozca su dignidad, tal como lo establece el artículo 11 de la Convención Americana. Por ello, los miembros de los pueblos indígenas o sus organizaciones representativas (artículo 12 del Convenio) tienen derecho a exigir la rectificación o a requerir la publicación de su respuesta cuando se sientan afectados *“por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión”*, tal como lo asegura el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el sentido amplio establecido por nuestra Corte Suprema, dicho derecho ampara a toda persona que se *“haya sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones insitadamente agraviantes para su sistema de creencias”* pudiendo asumirse la representación colectiva de los afectados a través de la acción de amparo.⁷⁵⁵

755 C.S.J.N. en “Ekmekdjíán” (1992), Fallos 315:1492.

Parte VII.

Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Organización, circulación y contactos transfronterizos

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, espiritual y del medio ambiente.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Derecho a la unidad transfronteriza

El artículo es nuevo, no estaba en el Convenio 107 ni en el proyecto original, y aparece en el segundo borrador a propuesta de Colombia.⁷⁵⁶

En la definición de pueblos indígenas del artículo 1 del Convenio 169 se

⁷⁵⁶ O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 69.

indica que habitaban regiones antes de la colonización o el trazado de las fronteras estatales. Es por eso que, muchos pueblos indígenas quedaron involuntariamente divididos o separados por fronteras que cruzan sus territorios y obstaculizan el contacto entre sus integrantes.⁷⁵⁷

Como dentro del ámbito de cada Estado la libre circulación se encuentra resguardada por los derechos generales (artículo 22 de la Convención Americana y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos),⁷⁵⁸ el artículo hace especial referencia a la comunicación y movimientos transfronterizos. La norma no implica la desaparición de las fronteras pero obliga a los estados a flexibilizar los controles y establecer derechos diferenciados para los pueblos originarios en cuestiones como residencia, circulación y paso de objetos ceremoniales o culturales. Se origina en el derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener su unidad ya que son “preexistentes” a la formación de los actuales estados (artículo 75 inciso 17 de la Constitución y artículo 1 del Convenio) y han sido separados sin su consentimiento.⁷⁵⁹ Si bien el artículo está pensado para pueblos divididos por fronteras, la redacción final establece un derecho a contacto incluso entre pueblos indígenas diferentes,⁷⁶⁰ ya que el proceso histórico de exclusión común ha constituido, no obstante la diversidad interna, una identidad indígena genérica también protegida por el Convenio.

El artículo obliga a los estados a establecer modificaciones en su legislación y en los acuerdos internacionales, los que requerirán participación indígena (artículo 6). Ejemplos de cumplimiento de la norma son el Consejo Nórdico Sami y la Conferencia Interpolar Inuit.⁷⁶¹

La actual Ley Nacional de Migraciones (25.871) debe ser interpretada en concordancia con este artículo y con el resto del Convenio. Así, por ejemplo, el fin de garantizar “el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” (artículo 3 inciso ‘d’ de dicha ley) debe considerar el concepto de familia indígena, diferente del que establece el código civil. También deben considerarse incorporados entre los objetivos de la ley el derecho al contacto y a la cooperación entre personas pertenecientes a los pueblos originarios. Ello resulta no sólo de la mayor jerarquía del Convenio 169, sino además de que los compromisos asumidos por el Estado a través de los tratados de derechos humanos se encuentran explícitamente mencionados en la ley (artículo 3 inciso ‘a’).

757 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 165.

758 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 315.

759 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 26.

760 *Idem*.

761 *Idem*, pág. 27.

Parte VIII. Administración

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Acción administrativa y participación

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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

Organismo responsable y programas gubernamentales

Dado que tanto el Convenio como la Comisión de Expertos encargada de su vigilancia, promueven especialmente la adopción de acciones gubernamentales,⁷⁶² se tiende a que exista una autoridad administrativa con competencia para formular las políticas requeridas, tanto a nivel nacional como provincial, porque de otro modo sería difícil implementar el cumplimiento de las obligaciones, en tanto éstas imponen una efectiva transformación de muchas estructuras del Estado. Una agencia estatal especializada con efectiva participación indígena permite coordinar las acciones con el resto de la administración a fin de que ésta abandone la inercia y el paradigma asimilacionista, que se señalan entre los principales motivos de resistencia burocrática a la aplicación del Convenio.⁷⁶³

El artículo indica que los pueblos indígenas deben participar desde el inicio en todas las acciones o programas que les conciernen, de modo que su participación en esas instituciones resulta una exigencia en cuanto se interrelaciona el artículo 33 con las demás normas del Convenio. Como fuera referido en el comentario al artículo 6, se debe dar una mirada conjunta a los artículos 2, 6 y 33. Según el artículo 2, los estados deben desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Este principio rector del Convenio indica el espíritu del artículo 33. Como expresara Fergus Mackay: *“Por lo tanto, cuando se lee una disposición en particular del Convenio, debería hacerse una constante referencia a los principios generales de participación, consulta y respeto por la cultura y las instituciones indígenas así como también a cualquier otro artículo conexo. Estos principios generales (Parte I. Política General y otros) pueden ser informativos con respecto a la lectura correcta de los principios específicos, particularmente si están siendo interpretados restrictivamente”*.⁷⁶⁴ Es la necesidad de construir las acciones coordinadas y sistemáticas para proteger los derechos de los pueblos indígenas, la que genera la exigencia de establecer los mecanismos e

762 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 365.

763 Hualpa, *Sin despojos...*, págs. 65 y siguientes.

764 Mackay, *Una Guía...*, pág. 12.

instituciones que permitan tal desarrollo.

El derecho de los pueblos indígenas a participar en todos los niveles en la adopción de decisiones, instituciones y organismos administrativos (artículo 6 del Convenio) incluye, principalmente, su participación en las instituciones gubernamentales que se creen a efecto de administrar los programas que los afecten. De modo que los estados deben desarrollar los mecanismos que garanticen la participación indígena recurriendo siempre a las instituciones representativas de los pueblos, ya que son los propios indígenas los que deben disponer quiénes son las autoridades propias que han de intervenir en los organismos creados.

Asimismo, no alcanza con incluir la participación indígena en el organismo ya establecido, sino que debe coordinarse con los pueblos el diseño, tanto de las instituciones como de los mecanismos, respetando y contemplando la opinión y perspectiva indígena.

Algunos países han creado organismos para la administración de los programas de manera previa a la ratificación del Convenio, como el caso de nuestro país. Sin embargo, el hecho de la creación no encarna necesariamente el cumplimiento de la exigencia del Convenio. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha expresado su preocupación al respecto: *“En algunos casos se han creado instituciones con responsabilidades relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas y tribales, aunque en ellas hay poca o ninguna participación de esos pueblos, o carecen de los recursos o la influencia suficientes. Por ejemplo, las decisiones fundamentales que afectan a los pueblos indígenas y tribales en muchos casos son adoptadas por los ministerios responsables de minería o de finanzas, sin coordinación alguna con la institución responsable de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Como resultado de ello, esos pueblos no pueden opinar realmente sobre las políticas que les atañen”*.⁷⁶⁵

Como también clarifica la Comisión de Expertos, el Convenio no estipula una forma de estructura tipo para el cumplimiento de este derecho, sino que la clave está en garantizar los mecanismos apropiados con los medios necesarios para una real participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los involucren.

El artículo alcanza a todos los programas públicos que *afecten* a los pueblos indígenas, por lo que no se limita a los que se basan en las obligaciones del Convenio ni a los que tienen a dichos pueblos como destinatarios, aunque todos los programas deben incluir las medidas previstas en el Convenio.⁷⁶⁶ Tales programas no necesariamente deben ser administrados por el Estado. La mención a

765 O.I.T., CEACR, Observación General sobre el Convenio N°169.

766 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), págs. 97 y 98.

“otros mecanismos apropiados” alude a la posibilidad de su gestión por las propias instituciones indígenas (tal como resulta de los artículos 22, 25 y 27), pero en todos los casos (sea o no sea estatal la administración) se establece la obligación gubernamental de proporcionar los medios económicos y jurídicos adecuados para el cumplimiento de los fines encomendados.

El Convenio obliga a que la participación indígena recaiga sobre todas las etapas de los programas que los involucren. Esto incluye, entonces, la *planificación*, la *coordinación*, la *ejecución* y la *evaluación*. Puede afirmarse que surge aquí un nuevo requisito procedimental que de no ser cumplido por el Estado acarrea la invalidez de las medidas tomadas.

El Convenio 107 establecía como objetivo de los programas gubernamentales el “desarrollo social, económico y cultural” de los pueblos indígenas. Ahora, tales programas deberán tener los objetivos del Convenio 169, que tiende a la autonomía y preservación del modo de vida propio (por eso el artículo debe tomarse como una disposición general aplicable a todas las obligaciones estatales previstas en el Convenio).

Al respecto expresa Mackay que: *“La calidad de la relación entre Pueblos Indígenas y gobiernos es también un factor fundamental para determinar como son aplicadas en la práctica las disposiciones sobre autonomía del Convenio. Una relación de cooperación basada en el respeto y comprensión mutuos sólo puede aumentar la calidad y ámbito de los derechos de autonomía”*.⁷⁶⁷ Vale resaltar la integración entre el derecho que surge de este artículo y los derechos reconocidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que se complementan, y su estudio conjunto aporta a una comprensión cabal de su correcta aplicación. De su interpretación integral surge que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación entraña asimismo el derecho de los pueblos indígenas (y la obligación estatal como correlato) a participar e interactuar de manera coordinada con las estructuras estatales en la vida política, social y económica del país, especialmente en aquellos asuntos que los afecten. De ningún modo debe entenderse que la participación en la administración y elaboración de los programas es parte de un proceso asimilacionista, sino que debe ser utilizada como ejercicio de autonomía frente a los estados que intentan decidir sobre la vida de los pueblos.

⁷⁶⁷ Mackay, *Una guía...*, pág. 16.

Participación

La participación indígena es una disposición primera y general del Convenio y debe estar presente en todas las decisiones estatales que tengan repercusión en la vida de los pueblos indígenas. En palabras de la oficina redactora, “*se adoptó una importante decisión conceptual en el sentido de reconocer explícitamente en algunas disposiciones que los pueblos indígenas y tribales deberían desempeñar un papel activo en la toma de decisiones y en la planificación y administración de los programas que les afectan*”.⁷⁶⁸ Por ello, la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de todos los programas que afecten a los pueblos indígenas deben realizarse con su cooperación. Con este término los redactores han sustituido el de “colaboración” que aparecía originariamente en el proyecto,⁷⁶⁹ resaltando la necesidad de que determinadas decisiones y acciones obtengan la concurrencia de voluntades entre el Estado y los pueblos indígenas, quienes actuarán a través de sus instituciones representativas. Aunque no aparezca claro en la norma, la proposición de medidas legislativas también requiere participación indígena ya que ello resulta de los principios generales (artículo 6 del Convenio).

Como se trata de una obligación del Estado, es éste el que tiene que proveer los recursos necesarios para que esta participación pueda hacerse efectiva. Esta obligación es de particular importancia ya que las organizaciones indígenas suelen carecer de posibilidades económicas para sostener representantes permanentes en los centros urbanos en donde aquellos programas se conciben y dirigen.

El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.) y los organismos provinciales

Con anterioridad a la reforma constitucional y a la vigencia interna del Convenio 169, en 1985 la ley 23.302 creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (artículos 5 y 6). El I.N.A.I. se establece como “entidad descentralizada con participación indígena”, participación que debería realizarse mediante representantes en el Consejo de Coordinación elegidos por “las comunidades indígenas” en número, con requisitos y procedimiento establecidos por la reglamentación. El organismo tiene a su cargo el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) así como la elaboración de planes de salud, educación y adjudicación de tierras, asesorando también a los demás organismos estatales “en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país”. El decreto 155/89, reglamentario de dicha ley, atribuye al I.N.A.I. la

768 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 5.

769 *Idem*.

responsabilidad en la aplicación de la ley y del Convenio 107, y cumplir “todas las actividades conducentes a promover el desarrollo integral de las comunidades indígenas adjudicando prioridad a sus aspectos socio económico, sanitario y cultural, preservando y revalorizando el patrimonio cultural de estas comunidades”.

Tanto la ley 23.302 como su decreto reglamentario originariamente obedecen a la orientación predominante en el Convenio 107, criticada y reemplazada por el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a su preservación cultural, autonomía y desarrollo propio. De allí que no se aluda a los *pueblos* indígenas sino sólo a sus comunidades y que todas las disposiciones relativas a tierras, educación, salud, previsión social y vivienda contengan la mayor discrecionalidad para el Estado en cuanto a su ejecución. Tampoco se establece el alcance nacional de las normas referidas a los pueblos indígenas (que sólo resultará luego de la reforma constitucional y la vigencia del Convenio 169) ya que se invita a las provincias a *adherir* a la ley.

Además de ello, la real participación indígena en el organismo ha sido muy limitada y ha encontrado obstáculos para su desarrollo. La Comisión de Expertos de la O.I.T. en su Informe 2010 expresó su preocupación al Estado argentino respecto de mejorar los espacios de participación creados en el marco del I.N.A.I., particularmente en cuanto al reparto de competencias y la coordinación necesarias para su correcto funcionamiento. Requirió además información sobre los mecanismos de selección de los delegados indígenas y advirtió sobre la necesidad de mejorar la participación de todas las comunidades indígenas en tales procesos y en los procesos de relevamiento de la Ley 26.160.⁷⁷⁰ Resulta claro por ello que para cumplir con el nuevo texto constitucional y con el Convenio 169 es necesaria una profunda modificación del I.N.A.I. que asegure los mecanismos indispensables para la efectivización de los derechos indígenas y garantice su respeto por los gobiernos provinciales, que son los más remisos al cumplimiento de las nuevas normas. Al mismo tiempo, es imprescindible que la adecuación normativa vaya acompañada con la voluntad política necesaria para lograr su funcionamiento. Sin embargo, obviamente, como ya se ha señalado en forma reiterada, la omisión legislativa no puede impedir la aplicación directa de las normas del tratado y la declaración de invalidez de las disposiciones legales que lo contradigan.

Estos requerimientos deben también cumplirse por las administraciones provinciales. Los organismos locales para las políticas hacia los pueblos indígenas (institutos, consejos, direcciones, etc.), deben tener en mira la promoción de derechos y contar con una efectiva participación indígena de acuerdo a las normas del Convenio. Necesariamente, esto los constituye en entes con cierta autonomía en

770 O.I.T., Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III Parte (1 A). Ginebra 2010.

relación a la administración, tal como fue reconocido por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, que admitió la legitimación del organismo con participación indígena para demandar judicialmente al Estado provincial.⁷⁷¹

771 Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en autos “CO. DE CI. s/ Acción de amparo”, rechazando la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Provincia (fallo del 3 de noviembre de 2004). En un sentido algo similar la justicia de primera instancia del Chaco ha hecho lugar a una acción de amparo interpuesta por el presidente del Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH) demandando la participación del Instituto en la administración de los fondos destinados a programas que afectaban a pueblos indígenas (autos “Charole, Orlando c/ Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco y otros s/ Acción de amparo”, Juzgado Civil y Comercial N° 6 de Resistencia, sentencia del 26 de octubre de 2009).

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Parte IX. Disposiciones Generales

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Interpretación adaptada a las condiciones locales

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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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 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.

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.

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.

Flexibilidad

El Convenio 169 mantuvo exactamente el mismo texto anterior. Se trata de una norma que vista desde los cánones interpretativos propios del derecho interno genera polémicas por la ambigüedad e imprecisión del término “flexibilidad”, ya que hay quienes lo entienden como una atenuación del carácter obligatorio.

Sin embargo, debe recordarse que los términos de un tratado tienen un sentido autónomo, “*independientes de cualquier sistema jurídico nacional*”, como recalcó el Comité de Derechos Humanos en relación al Pacto.⁷⁷² Partiendo de los debates preliminares aparece claro que no ha sido ésta la voluntad de los redactores ya que el Convenio debe aplicarse con cooperación y buena fe (artículo 31 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y de conformidad con su espíritu e intención. En este caso, la norma no tiene como finalidad que los gobiernos puedan aplicarlo a su gusto sino que atiende a las grandes diferencias en la situación de los pueblos indígenas de distintas partes del mundo,⁷⁷³ e incluso a su aplicación progresiva. Es en este sentido que la Comisión de Expertos favorece la adopción de políticas generales.⁷⁷⁴ De allí que en los trabajos preparatorios se ha aclarado reiteradamente que la flexibilidad no suprime el sentido de obligación y que no puede utilizarse como excusa para el incumplimiento.⁷⁷⁵

El artículo requiere tener en cuenta “las condiciones de cada país”. La referencia es a las características de las sociedades en las que el Convenio debe aplicarse, no a las políticas oficiales o a los intereses del Estado, que pueden entrar en colisión con las obligaciones del Convenio. Sucede que, como señala Kymlicka, en los conflictos entre culturas “*cada disputa posee una historia y unas circunstancias únicas e intransferibles que deben considerarse a la hora de idear una solución justa y viable*”,⁷⁷⁶ de modo que lo que la norma impone es atender a estas condiciones irrepetibles.

772 Caso “Van Duzen vs. Canada” (comunicación 50/1979), dictamen del 7 de abril de 1982, párrafo 10.2.

773 Tomei y Swepston, *Guía...*, pág. 26.

774 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 365.

775 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 99, e Informe IV (2A) págs. 16 y 72.

776 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, pág. 14.

Por otra parte, la evaluación de la compatibilidad del Convenio con las políticas e intereses oficiales no es materia de “flexibilización”, pues debe ser realizada por el Estado antes de ratificar el Convenio, ya que al obligarse asume el compromiso de abandonar las conductas incompatibles con él (artículo 31 de las Convenciones de Viena).⁷⁷⁷ Es conveniente destacar que la representación de Argentina frente al proyecto redactado consideró que no habría dificultades en aplicar el Convenio en nuestro país.⁷⁷⁸

El principio del “efecto útil”

Las cláusulas de flexibilidad aparecen también en muchas partes del Convenio cuando se condicionan las obligaciones a su aplicación “en los casos apropiados” (artículos 6 y 14), cuando “sea posible” o “viable” (artículos 15, 16, 22 y 28), “en la medida de lo posible” (artículos 7 y 25) o cuando “haya lugar” (artículos 7, 16, 23 y 27). Si bien existe una tendencia de los estados a interpretar estas condiciones como puramente potestativas, en el sentido de que dejan librado el cumplimiento de su obligación a su exclusiva voluntad, como ya se señaló, ello no tiene asidero ni en los antecedentes del Convenio ni en los principios del derecho internacional.

Estas atenuantes a las obligaciones requieren la existencia de condiciones reales que limiten la posibilidad de aplicación de la norma, condiciones que no deben depender de la voluntad de los funcionarios responsables. La mayoría de las veces se refieren a las posibilidades de la organización indígena o a la voluntad contraria expresada de conformidad con el artículo 4 del Convenio. También se alude a los casos en que resulta innecesaria la realización de estudios previos (artículos 7 y 16), tal como fue comentado en cada situación.

Debe señalarse que en el derecho internacional rige el principio del “efecto útil” en la interpretación de los tratados, lo que significa que su aplicación debe realizarse de modo que sus normas incidan en la realidad. O sea que *“la interpretación de una disposición de un tratado debe hacerse en tal forma que tenga un efecto, porque es lógico pensar que las partes discutieron su contenido, su redacción y finalmente se pusieron de acuerdo sobre ella, con miras a que tuviera una consecuencia, un efecto”*.⁷⁷⁹ Por ello, si la razón del Convenio 169 es brindar protección a los pueblos indígenas su interpretación debe hacerse de forma tal que permita la efectividad de los derechos humanos que constituyen la razón misma de su existencia.⁷⁸⁰

777 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 366.

778 O.I.T., *Revisión...*, Informe VI (2), pág. 103.

779 Moyano Bonilla, *La interpretación...*, pág. 165.

780 Tal como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver sobre

excepciones preliminares en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, interpretando la Convención Americana de acuerdo con el principio del “efecto útil”. Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 30.

Fuentes. 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

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.

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.

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.

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.

El principio de la norma más favorable

Señala Mónica Pinto que *“no se encuentran discrepancias en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio pro homine, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto o fin”*.⁷⁸¹ El principio “pro homine” *“es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes en el ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”*.⁷⁸² Denominado también principio de preservación de derechos,⁷⁸³ impone la aplicación de la norma más favorable, tal como se establece también en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 29 de la Convención Americana y en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T. que señala que *“En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la*

781 Pinto, Mónica; “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados...*, pág. 164.

782 *Idem.*, pág. 163.

783 Thornberry, *Indigenous Peoples...*, pág. 303.

ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”. De allí que resulte claro, tal como se establece en los trabajos preparatorios, que el Convenio enuncie “derechos mínimos” y que en caso de colisión con otras normas deberán aplicarse aquellas que más derechos establecen para los pueblos indígenas.⁷⁸⁴

El texto del artículo del Convenio 107 sólo hablaba de “ventajas” (“benefit”), en cambio la redacción actual agrega el término “derechos”, acorde a la nueva orientación. Al referirse a “los derechos y las ventajas” la norma protege aún a los beneficios otorgados que no se consideren “derechos”. El texto inglés se modificó para que quede claro que tales derechos y ventajas sólo podrán ser modificados de manera más favorable a los pueblos indígenas: antes decía “shall not affect” y ahora “shall not *adversely* affect” (en la traducción oficial al castellano no se advirtió la modificación, manteniéndose el término, “menoscabar”). Por ello, el Convenio 107 derogado debe servir de guía para interpretar al Convenio 169 ya que en **todos** los casos se consideró que el nuevo texto otorgaba más derechos que el anterior.

Otras normas protectoras de los derechos de los pueblos indígenas

El Convenio menciona a “otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales” como fuente de *derechos* o *ventajas* de los pueblos indígenas que el Estado deberá respetar.

“Otros convenios y recomendaciones” son las normas de la Organización Internacional del Trabajo, que se interpretan por sus propios órganos. La referencia a “instrumentos internacionales” es especialmente, a los tratados y a las declaraciones de derechos humanos, ahora fundamentalmente a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Debe considerarse también al *ius cogens* y a la costumbre internacional, que tienen valor obligatorio y por ende también prevalecen sobre el derecho interno argentino.⁷⁸⁵ El término “tratados” en el artículo, se refiere a los “tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos” a que hace especial referencia el artículo 37 de la Declaración, celebrados entre el Estado⁷⁸⁶ y los pueblos indígenas, ya que los tratados internacionales son

784 O.I.T., *Revisión...*, Informe IV (2A), pág. 6.

785 Schiffrin, Leopoldo; “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, en Abregú y Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados...*, pág. 115. La Corte Suprema ha reconocido la primacía del *ius cogens* por sobre el derecho interno en “Priebke” (1995), Fallos: 318:2148.

786 En cualquiera de sus niveles, nacional, provincial o municipal.

mencionados entre los “instrumentos”. A partir del reconocimiento internacional establecido en el Convenio y en la Declaración, tales tratados o acuerdos crean obligaciones jurídicas para el Estado en el ámbito interno.

Parte X. Disposiciones Finales

En el Convenio 107 estas normas figuraban bajo el título “Disposiciones Generales” conjuntamente con las relativas a los artículos relacionados con la aplicación, números 28 y 29 (actuales 34 y 35). En el nuevo Convenio se distinguen las normas que regulan la aplicación (artículos 34 y 35) de las que se refieren a la vigencia y sus efectos sobre el Convenio anterior (artículos 36 a 44).

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Revisión del Convenio 107. Artículo 36

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

La entrada en vigencia en un país del Convenio 169 implica la derogación automática del Convenio 107. Así lo establece el artículo 36 de este último (idéntico al artículo 43 del Convenio 169). Sin embargo, la Recomendación 104, aprobada conjuntamente con el Convenio 107, no fue objeto de revisión y se mantiene en vigencia en tanto no contradiga al nuevo Convenio.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Ratificaciones. Artículo 37

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

La incorporación de un tratado a nuestro derecho requiere la aprobación por el Congreso (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Argentina) y la ratificación por el Poder Ejecutivo. Aunque la Constitución no menciona expresamente el término “ratificación”, el artículo 99 inciso 11 establece que el Poder Ejecutivo “concluye” los tratados, o sea, realiza el acto mediante el cual obliga internacionalmente al Estado a su cumplimiento. Este acto se realiza mediante la “ratificación”, o sea la comunicación formal a la comunidad internacional de la adhesión del país al tratado (artículos 11 y 14, Convenciones de Viena).

La ratificación del Convenio 169 no está condicionada a que el territorio del país sea habitado por pueblos indígenas. Bélgica, que ratificó el Convenio 107, y los Países Bajos y España, que lo hicieron con el Convenio 169, adoptaron esas decisiones puesto que las pautas de dichos tratados obligan como guías que condicionan la política de cooperación internacional y los programas de desarrollo de los pueblos indígenas en otros países.⁷⁸⁷

787 Tomei y Sweptston; Guía..., pág. 28. Berraondo López, Mikel; *La ratificación del Convenio N° 169 por España. Reflexiones en torno a sus implicaciones*, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Madrid, 2009.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

Obligatoriedad y entrada en vigencia.

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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

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.

Vigencia temporal

El Convenio 169 se adoptó el 27 de junio de 1989 en la 76ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo y entró en vigor internacionalmente el día 5 de setiembre de 1991, doce meses después de la segunda ratificación, realizada por México. A partir de esa fecha, el Convenio 107 dejó de estar abierto a ratificaciones posteriores conservando su carácter obligatorio sólo para aquellos

países que lo habían ratificado con anterioridad (artículo 36 del Convenio 107), no lo hayan denunciado y no hayan ratificado el Convenio 169. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. y el Consejo de Administración de la O.I.T. han invitado a todos los países que ratificaron el Convenio 107 a considerar la ratificación del Convenio 169.

En marzo de 1992 el Congreso argentino aprobó el Convenio 169 mediante la ley 24.071, que demoró en ser ratificado por el Poder Ejecutivo hasta el 3 de julio del año 2000. Aunque entró en vigencia un año después, desde su ratificación el Estado ya se obligaba a “abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin” del tratado (artículo 18 de las Convenciones de Viena), con lo que resultan cuestionables los actos realizados que afectan irreversiblemente derechos establecidos en el Convenio 169 durante ese período.

Se discute en la doctrina nacional si la aprobación de un tratado por parte del Congreso implica su vigencia interna aún cuando por la ausencia de ratificación no genere obligaciones internacionales. Aunque un antiguo fallo de la Corte sostuvo este criterio,⁷⁸⁸ Bidart Campos lo rechazaba por cuanto la obligatoriedad de los tratados se rige por sus propias disposiciones y por las normas aplicables del derecho internacional.⁷⁸⁹ Con respecto al Convenio 169 la discusión tiene hoy sólo un alcance limitado al juzgamiento de situaciones concluidas con anterioridad al 3 de julio del 2001.

Con posterioridad a esa fecha, el tratado se aplica “aún a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes”, como toda legislación. Según la Comisión de Expertos de la O.I.T. el Convenio no es retroactivo y por lo tanto no puede aplicarse a situaciones anteriores a la entrada en vigencia. La guía de la OIT dice: “*Sin embargo, varias veces la Comisión también ha expresado que si las consecuencias de las decisiones tomadas previamente a la entrada en vigor continúan afectando a los Pueblos Indígenas en cuestión, el Convenio podría aplicarse con respecto a tales consecuencias*”.⁷⁹⁰ El Consejo de Administración de la O.I.T. tuvo la oportunidad de decidir en tal sentido en una reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la O.I.T. contra el Estado de México.⁷⁹¹

Además, en relación a la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país, cabe considerar que muchos de los derechos humanos de los

788 Caso “Ferreyra” (1945), fallos 202:353.

789 Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1988, T.II, pág. 406.

790 O.I.T., *Los derechos...*, pág.

791 Consejo de Administración, 276.a reunión, noviembre de 1999, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la O.I.T., México, GB.276/16/3, párrafo 36.

pueblos indígenas se fundamentan en la Constitución Nacional reformada en 1994 y también en otros pactos internacionales anteriores, de acuerdo a la jurisprudencia de sus órganos de aplicación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han sido particularmente claros en este aspecto. Dado que los derechos de los pueblos indígenas deben ser respetados, al menos desde la ratificación por el país de esos otros tratados, muchas de las normas que precisa el Convenio 169 ya eran obligatorias antes del año 2001.

Obligaciones de los estados

Las obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional abarcan a todo el Estado, en sus distintas ramas o poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y en sus distintos niveles (federal, provincial y municipal), ya que ninguna disposición interna al Estado puede justificar su incumplimiento (artículo 27 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

La aplicación del Convenio debe ser de buena fe⁷⁹² y los estados tienen la obligación de adoptar las medidas internas necesarias para esa implementación.⁷⁹³ La Corte Suprema ha expresado que el Poder Judicial debe ser garante del cumplimiento de los tratados y que por comprometerse la responsabilidad internacional del Estado, las cuestiones relativas a la interpretación de las cláusulas de los tratados son susceptibles de revisarse por vía del recurso extraordinario federal, aun si la materia tratada es de derecho común.⁷⁹⁴ El principio de supremacía de los tratados sobre las normas locales (artículo 31 de la Constitución) y el recurso extraordinario federal son mecanismos institucionales internos de cumplimiento de las obligaciones internacionales, de conformidad con el artículo 19.7 de la Constitución de la O.I.T.

El control internacional del cumplimiento por la O.I.T.

La O.I.T. ejerce su supervisión de las normas internacionales del trabajo de dos formas: a través de los mecanismos regulares de control y por los mecanismos especiales.

Los primeros hacen referencia a la obligación de los estados de presentar

792 Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26.

793 Constitución de la O.I.T., artículo 19. 5.

794 Caso “Méndez Valles” (1995), Fallos: 318:2639.

una memoria anual de cumplimiento de los convenios ratificados.⁷⁹⁵ Esto, en principio, es exigido al año de vigencia de la ratificación. Luego, la presentación se realiza cada cinco años, salvo que la situación lo amerite y el seguimiento requiera mayor rigurosidad. La Guía de la O.I.T. señala que “*la ratificación de un Convenio de la OIT indica el comienzo de un proceso de diálogo y cooperación entre el gobierno y la OIT. El objetivo consiste en trabajar en conjunto y asegurarse de que la legislación y prácticas nacionales estén en concordancia con las disposiciones del Convenio*”.⁷⁹⁶

Para la elaboración de tales memorias, la O.I.T. cuenta con los llamados formularios de memorias relativos a cada convenio. Específicamente en 1990 el Consejo de Administración de la organización realizó el formulario de memoria relativo al Convenio 169 en el cual dispuso los consejos prácticos para su redacción. Es necesario que el Estado envíe el informe previamente a las asociaciones de trabajadores y de empleadores. También surge del formulario la posibilidad de enviar el informe a las organizaciones de la sociedad civil, que para el caso del Convenio 169 incluye a las organizaciones indígenas. De este modo, las organizaciones, a través de las asociaciones de trabajadores pueden presentar informes alternativos.

Para el tratamiento de tales memorias se constituye una comisión especial denominada Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) compuesta por 20 miembros independientes⁷⁹⁷. Se trata de juristas de reconocido prestigio que son nombrados por el Consejo de Administración a propuesta del Director General. Esta Comisión tiene en cuenta para el análisis la información enviada por las organizaciones, toda información pública y los informes que pueden remitir los distintos mecanismos de las Naciones Unidas.⁷⁹⁸ Las decisiones tomadas por la CEACR pueden ser *observaciones* o *solicitudes directas* y se adoptan internamente por consenso.

Las *observaciones* las emite en aquellos casos de incumplimientos mayores y recurrentes en la implementación de un convenio ratificado y se publican en el informe anual de la CEACR.

Las *solicitudes directas* no se publican en el reporte anual sino que se envían directamente a los gobiernos. Pueden también resaltar el incumplimiento

795 Constitución de la O.I.T., artículo 22.

796 O.I.T., *Los derechos...*, pág. 177.

797 El término “independiente” hace referencia a que ninguno de esos miembros lo hace en representación de alguna de las partes que constituyen la O.I.T., ya sea un Estado o una asociación de trabajadores o de empleadores.

798 Las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones indígenas pueden recurrir a los mecanismos de las Naciones Unidas para incidir en los informes que envían a la CEACR.

en la implementación de un convenio ratificado que no justifique ser tratado en una observación. Generalmente se informa lo que falta y se puede solicitar más información al Estado.

Las observaciones de la CEACR se publican en el informe anual de la Conferencia Internacional del Trabajo y el informe es analizado por la Comisión de Aplicación de Normas (CAN). Como resultado, la CAN acoge conclusiones que dirige a los Estados.

Los mecanismos especiales de control son utilizados para casos de alegaciones específicas por violaciones de derechos contra un Estado miembro. Son las denominadas reclamaciones o presentaciones. Están contempladas en el artículo 24 de la Constitución de la O.I.T. y deben ser iniciadas por una asociación de trabajadores o de empleadores.

La presentación debe hacerse por escrito, invocando el artículo 24 e indicando las disposiciones del Convenio que han sido violadas por el Estado. Estos requisitos formales son analizados por el Consejo de Administración que decide sobre su admisibilidad. Para el análisis de fondo, el propio Consejo de Administración elige un comité tripartito (un representante por los trabajadores, uno por los empleadores y uno gubernamental) que es el encargado de realizar un informe con conclusiones y recomendaciones. Como se evidencia, este comité no tiene las características de la CEACR. Su integración, al provenir sus miembros del seno del Consejo de Administración, posee un carácter más político que especializado en la temática relativa al Convenio. Pero una vez que el Consejo de Administración adoptó el informe elaborado por la comisión tripartita, es la CEACR la que debe realizar su seguimiento.

Los mecanismos de control en el sistema interamericano y su utilización

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos está basado en tres instrumentos principales: la Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.)⁷⁹⁹, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁰⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁰¹, también

799 Suscripta en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967 y por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, en vigor desde el 16 de noviembre de 1988.

800 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia 1948.

801 Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

conocida como pacto de San José de Costa Rica, a la que complementan los otros tratados y protocolos de derechos humanos del ámbito de la O.E.A.,⁸⁰²

Este sistema contempla un catálogo de derechos y obligaciones, y de órganos que se encargan de controlar el cumplimiento. Estos órganos son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión tiene como funciones promover la observancia y proteger los derechos humanos en el sistema interamericano y servir como órgano consultivo de la O.E.A. en tales materias.

La Corte por su parte, es una institución judicial establecida por la Convención y tiene como funciones resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a ese tratado por parte de un Estado y emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de los tratados de derechos humanos.⁸⁰³

Los procedimientos que la sociedad puede utilizar directamente en el sistema interamericano son básicamente dos, ambos ante la Comisión: a) el de peticiones y b) el de medidas cautelares.

a) Peticiones

Cualquier persona o grupo de personas puede presentar una petición a nombre propio o de terceras personas en relación a violaciones de algún derecho humano reconocido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana y los distintos protocolos y convenciones aprobados por la O.E.A.

La petición se convierte en caso una vez que se ha aceptado en el examen de admisibilidad. Para ello la secretaría Ejecutiva examina el cumplimiento de los requisitos formales y traslada por dos meses al Estado parte para que realice observaciones. El peticionante puede solicitar una audiencia para el tratamiento de la admisibilidad.

La presentación debe contener los datos del denunciante, una declaración

802 El Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo a la Convención relativo a la abolición de la pena de muerte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, la Convención de Belém do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

803 Convención Americana, artículo 62.

respecto de la confidencialidad o no de la identidad, una dirección postal u electrónica, la relación de los hechos, los datos de las víctimas y la indicación del Estado responsable⁸⁰⁴. Del mismo modo, es preciso el agotamiento de los recursos internos, excepto que no haya en la legislación interna los procedimientos para proteger esos derechos, no se haya permitido agotar esos recursos o exista retardo injustificado de la decisión⁸⁰⁵. Asimismo, es necesario que la presentación sea realizada dentro de un plazo de seis meses desde la fecha en que la víctima fue notificada de la decisión que agota los recursos internos,⁸⁰⁶ o en un plazo razonable en todos los demás casos. Para considerar plazo razonable la Comisión analiza la complejidad del caso, la actividad jurisdiccional de las partes y la respuesta del Estado. Es también causal de inadmisibilidad la duplicación de procedimientos en otro organismo internacional gubernamental del que sea parte el Estado en cuestión,⁸⁰⁷ pero no significa duplicación cuando se ha presentado el mismo hecho con víctimas distintas en cada organismo. La declaración de inadmisibilidad es de carácter inapelable.

Es importante que los hechos sean lo más claros posibles. Debe tenerse en cuenta que quien presenta el caso ante la Corte es la Comisión y no el peticionante, de modo que debe garantizarse que los hechos que lleguen a la Corte coincidan con los denunciados. Además, es conveniente expresar las medidas de reparación que se consideren adecuadas para que, en caso de llegar hasta la Corte, sean esas medidas las que se tengan en cuenta para la decisión.

En la etapa de fondo también se puede solicitar audiencia. Todo lo que se pueda hacer alrededor de la petición es fundamental para obtener una decisión favorable. En este sentido, las alianzas con organizaciones que se dedican a la defensa de los derechos humanos a nivel internacional o aquellas que hacen eje en el litigio estratégico ante la Comisión, son un aporte distintivo en el proceso. Desde el principio se puede hacer la presentación con esos avales e inclusive es pertinente realizar las audiencias con su colaboración. Asimismo, el seguimiento debe ser de forma constante y debe mantenerse informada a la Comisión de las novedades que aparezcan.

804 Reglamento de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, artículo 28.

805 Convención Americana, artículo 46.2 y Reglamento, artículo 31.

806 Convención Americana, artículo 46.1 y Reglamento, artículo 32.

807 Convención Americana, artículo 46.1 y Reglamento, artículo 33. Sin embargo la Comisión no se inhibirá cuando el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo; o el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros.

La Comisión emite un informe provisional en el que declara la violación a alguna norma de la Convención y se dictan recomendaciones o medidas que deben ser llevadas a cabo por el Estado en un plazo determinado. Si el Estado no cumple, la Comisión emite un informe de fondo con carácter público determinando la responsabilidad y declarando el incumplimiento. En su defecto, la Comisión puede presentar el caso ante la Corte. Sólo los estados y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

En cualquier caso, y en cualquier instancia del proceso, puede proponerse la llamada “solución amistosa”,⁸⁰⁸ aunque deben estar de acuerdo todas las partes involucradas.

Es posible tener en cuenta desde el inicio de la petición algunos criterios que la Comisión prioriza al decidir la posibilidad de presentar el caso ante la Corte. La posición del peticionario y de las víctimas respecto del Estado denunciado sumado a la naturaleza y gravedad de la violación son ejes prioritarios de análisis. Asimismo, es interesante resaltar en la presentación alguna novedad jurisprudencial que permita a la Corte fijar nuevos criterios de interpretación en temas en los que no lo haya hecho. Igualmente es tenido en consideración el posible efecto que la sentencia tenga sobre el ordenamiento jurídico del país así como la prueba disponible en el caso.

Las sentencias de la Corte son obligatorias, definitivas e inapelables. Además, son ejecutables por el procedimiento interno del país para la ejecución de sentencias contra el Estado, sin necesidad de una reglamentación especial.

Actualmente, la víctima tiene más injerencia en el proceso ya que puede presentarse ante la Corte, su representante es considerado actor y no es necesario que esté de acuerdo con la Comisión. De esta manera, todas las partes, incluida la representación de las víctimas, tienen un plazo para presentar un escrito de alegación con prueba, solicitudes y argumentos.

Respecto de la solicitud de fondo, es primordial que se pida una reparación integral y no una mera indemnización; trabajar desde la idea de compensación, un concepto amplio que permita no sólo la reparación económica, sino que abarque otros aspectos que no pueden ser reparados con dinero. Así, son interesantes las medidas que hacen a la difusión en el país de los derechos que han sido conculcados, la modificación de alguna norma que viole derechos, la implementación de algún programa de gobierno que mejore la calidad de vida de algún grupo social, etc.

808 Convención Americana, artículo 48.1 y Reglamento, artículo 32, artículo 41.

b) Medidas Cautelares

Las medidas cautelares están previstas en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión. Están contempladas para casos de gravedad y urgencia en los que la Comisión por iniciativa propia o a petición de parte puede solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños de imposible reparación.

No es necesario agotar la vía interna en el país y se puede presentar en cualquier tiempo. Tampoco es obligatorio haber iniciado una petición ni presentarla posteriormente.

Se debe expresar el derecho vulnerado e identificar las personas o el colectivo afectado. La prueba exigida alcanza con ser simple, esto es que no es imperiosa la plena prueba en esta instancia. Del mismo modo, es conveniente indicar las medidas que se requieren para evitar el daño.

Las medidas dictadas por la Comisión tienen un plazo de duración de seis meses pero puede solicitarse una prórroga o una duplicación para otras personas. También pueden requerirse medidas adicionales.

Se pueden realizar tanto audiencias de seguimiento de las medidas cautelares, como enviar informes con las novedades del caso.

Los mecanismos de control en el sistema de las Naciones Unidas y sus posibilidades prácticas

Los mecanismos de vigilancia y cumplimiento de tratados en el sistema de las Naciones Unidas son más amplios que en el sistema interamericano y con mayor actividad diplomática, pero no tienen sentencias ejecutables como las de la Corte Interamericana. El sistema se compone de mecanismos convencionales y de mecanismos especiales. Los primeros hacen referencia a los comités de los tratados creados en la misma letra de los pactos.

Existen en la actualidad seis comités:

- Comité de Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 28.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD): Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial, artículo 8.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, artículo 17.
- Comité contra la Tortura: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o degradantes, artículo 17.
- Comité de los Derechos del Niño: Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 43.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: No fue creado por el Pacto sino por la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

En términos generales, es posible agrupar las funciones de los comités en tres tipos:

1. Supervisan el cumplimiento general de los tratados
2. Reciben quejas
3. Realizan investigaciones de oficio

En relación con la primera función, los comités son los encargados de revisar los informes de cumplimiento que deben presentar los estados respecto de cada pacto, tratado o convención. Los plazos cambian según cada tratado pero están establecidos entre los 3 y 5 años. Sin embargo, el Comité cuando realiza sus recomendaciones puede instar al Estado parte a que realice su siguiente informe en un plazo menor. Respecto de temas determinados, los comités pueden hacer observaciones o recomendaciones generales interpretando el tratado.

El tipo de supervisión que más se aplica y se acepta es el de presentación de informes periódicos. El sistema lo implantó la O.I.T. fundándose en su Constitución inicial. En los Convenios de la O.I.T. los estados parte tienen la obligación de informar sobre la aplicación de las normas que han aceptado e inclusive los estados miembros tienen la obligación de informar, previa petición, sobre su actitud frente a los convenios y las recomendaciones que no han aceptado.⁸⁰⁹

809 Esto es así porque los estados miembros de la O.I.T. están obligados con la organización por la Constitución de la O.I.T., que también es un tratado, pero en cuanto al cumplimiento de los convenios sólo están obligados respecto de los que hayan ratificado en cada caso.

Es un procedimiento no conflictivo y tiene una finalidad constructiva. El Comité debe analizar los obstáculos y dificultades en la aplicación de las normas así como los aspectos positivos y logros conquistados.

Es muy importante el rol que puedan jugar las organizaciones de la sociedad civil que mediante la presentación de los denominados “informes sombra” o “contrainformes” pueden hacer llegar al Comité en cuestión su opinión y algunos datos de la realidad que en general son tenidos en cuenta con especial atención por sus miembros. Es importante que este accionar sea llevado a cabo en el marco de un proceso continuo que permita avanzar en el respeto de los derechos humanos y no como una denuncia aislada. Asimismo, deben considerarse todos los sistemas y procedimientos mirados en una estrategia global de internacionalización. La efectividad de estos procedimientos depende de cuanta incidencia y seguimiento se hace tanto en plano internacional como en el nacional.

Asimismo, los estados deben transitar un camino de incorporación de las organizaciones no gubernamentales en la redacción de sus informes. Esto se constituiría en un espacio de participación objetiva en el análisis de la situación de respeto de los derechos humanos y aportaría a una mejor construcción del resultado. Países como Noruega e Italia vienen desarrollando experiencias en ese sentido.

El análisis de los informes lo realiza el Comité en audiencia pública donde se entabla un diálogo con los representantes estatales. Las organizaciones que hayan presentado informaciones pueden solicitar algún espacio previo en el que explican oralmente sus inquietudes y así el Comité realizará preguntas al Estado contemplando tales datos.

Como conclusión, el Comité en cuestión elabora las denominadas *observaciones finales* o algunos comentarios concretos de sus miembros.

La finalidad de esta supervisión es generar un diálogo constructivo que ponga en cabeza del Estado la necesidad de revisar su comportamiento, de recabar la información que ponga en evidencia el respeto a los derechos humanos en su país, y que el Comité aporte desde su experiencia e interpretación a revertir situaciones de vulneración de derechos. Carece de carácter jurisdiccional. Sin embargo, puede ser muy útil para dejar en evidencia el grado de aplicación de las disposiciones contenidas en el convenio o tratado de que trate. Cabe destacar como primordial el papel que jueguen la sociedad civil y las organizaciones involucradas para generar un impacto internacional y nacional que se traduzca en mayores garantías para el ejercicio pleno de los derechos humanos.

Las quejas individuales pueden ser interpuestas por cualquier persona o

colectivo de personas⁸¹⁰ ante el incumplimiento por parte del Estado de alguna de las normas del pacto o tratado. Es imprescindible que los estados hayan aceptado la competencia del Comité para poder ser parte de este procedimiento. Por ejemplo, en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el Estado debe haber adherido al Protocolo Facultativo del Pacto adoptado el 23 de septiembre de 1976 para que se pueda presentar una queja en su contra ante el Comité. Argentina incorporó el Protocolo Facultativo a la Constitución (artículo 75 inciso 22).

Sólo cuatro de los Comités tienen contemplado este mecanismo. Ellos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Próximamente, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales también iniciará este mecanismo a la luz del Protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptado el 10 de Diciembre de 2008.

La interposición puede realizarse sin letrado, pero debe agotarse la vía interna en el país de que se trate. Sin embargo, también los Comités han aceptado excepciones a esta regla. En el caso de España, el Comité de Derechos Humanos tiene dicho que no es necesario llegar hasta el Tribunal Constitucional del país, pues el porcentaje de rechazo en dicha instancia es altísimo. La litispendencia tampoco es permitida por este mecanismo, lo cual implica que no puede haber doble presentación.

Es viable y recomendable desarrollar una estrategia de internacionalización. Frente a un posible caso puede presentarse la queja en un comité y al mismo tiempo utilizar los mecanismos especiales del sistema de las Naciones Unidas, así como incorporar la denuncia en los informes alternativos de seguimiento de los tratados.

La redacción de las quejas debe ser clara y concreta. Es aconsejable tener en cuenta y citar la jurisprudencia que el Comité haya desarrollado en el tema y acompañar toda la información que ayude a la comprobación del hecho denunciado. Por último, es necesaria la alegación específica sobre algún derecho reconocido en el pacto o tratado.

El procedimiento está dividido en dos fases: una sobre admisibilidad y otra sobre fondo. El Comité decide sobre admisibilidad y dictamina sobre el fondo del asunto. La opinión no es ejecutable, pero los estados están obligados a seguir sus

810 En el caso "Ominayak (jefe de la Agrupación Lago Lubicon) vs. Canadá" (comunicación 167/1984), con dictamen del 26 de marzo de 1990, el Comité de Derechos Humanos por primera vez consideró a una comunidad indígena como legitimada para presentar una queja para denunciar incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

recomendaciones para la reparación de los abusos producidos.⁸¹¹

Este procedimiento es confidencial durante su tramitación en todas las fases, y las decisiones y observaciones del Comité sólo se comunican a las partes. No obstante, en la práctica, el contenido del procedimiento se hace público en el informe anual que el organismo debe remitir a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el país, la jurisprudencia internacional tiene una gran importancia ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en forma reiterada, desde 1992, que “*debe servir de guía*” a los tribunales nacionales, de modo que éstos no pueden interpretar los tratados internacionales a su gusto, sino que deben hacerlo de acuerdo a los criterios de los órganos internacionales competentes. Con relación a ello, se aconseja remitirse a lo expuesto en la Introducción del texto.

Entre los mecanismos especiales relacionados a cuestiones indígenas se destacan: El Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, el Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Se ha hecho referencia a ellos en el comentario al artículo 3 del Convenio, al que se remite.

Examen Periódico Universal- EPU

Además de los sistemas de vigilancia que se han señalado, se ha incorporado recientemente un nuevo mecanismo: el Examen Periódico Universal. Por medio de éste, el Consejo de Derechos Humanos examina la situación de los derechos humanos en cada uno de los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas con una periodicidad de cuatro años.

Las bases del EPU son la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos de derechos humanos en los que es parte el Estado examinado, las promesas y compromisos que hayan asumido voluntariamente los estados y el derecho internacional humanitario aplicable.

La información sobre la que se trabaja y que admite el Consejo se compone

811 Esto puede parecer extraño visto por quienes hacen su práctica jurídica en el derecho interno, pero la casi totalidad de las obligaciones de los estados en el derecho internacional no dan lugar a sentencias ejecutables.

de la que ha proporcionado el Estado examinado, una compilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la información producida por los mecanismos de la O.N.U. y un resumen de la información que proporcionan otros actores tales como ONGs, instituciones académicas, sociales, etc.

Siendo que el examen es tan amplio y la información acotada, es conveniente mantener informada a la Oficina del Alto Comisionado sobre la realidad cotidiana del país y la situación de vulneración de derechos para que cuente con los datos que a las organizaciones les interesa particularmente. Asimismo, es interesante impulsar un proceso conjunto a nivel nacional en el que participen todas las organizaciones e instituciones que pretendan enviar informes de la sociedad civil. La reciente experiencia de la sociedad boliviana en ese sentido ha sido muy rica. Por un lado, se garantiza la intervención directa de las organizaciones en conjunto en el resumen que en general realiza la Oficina del Alto Comisionado. Esto significa que los que construyen la agenda de prioridades son quienes todos los días enfrentan las dificultades. A su vez, el trabajo en coalición permite generar un mayor impacto tanto durante el proceso como en el resultado del Examen Periódico Universal.

El examen es efectuado por un grupo de trabajo compuesto por tres representantes de tres diferentes grupos geográficos. Se desarrolla un diálogo interactivo entre el país examinado y los estados miembros y luego se elabora un informe con conclusiones, recomendaciones y compromisos voluntarios.

Denuncia. 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 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.

Notificaciones. 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.

De acuerdo a la Constitución de la O.I.T. el Consejo de Administración designa al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, la que constituye el cuerpo administrativo permanente de la organización.

Registro. 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.

El artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas establece el registro de tratados a cargo de la Secretaría General.

Necesidad de revisión. 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.

El artículo en su primera parte se refiere a los mecanismos de control de la O.I.T. sobre la aplicación del Convenio, reseñados en el comentario al artículo 38.

Consecuencias de la revisión. 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.

Idiomas. Artículo 44

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

Si bien la ley de ratificación del Convenio (24.071) tiene el texto en español provisto por la O.I.T., la superior jerarquía de los tratados en nuestro derecho interno implica que los textos en inglés y en francés prevalecen sobre la versión castellana en caso de discordancias, lo que hace que toda interpretación local no puede contradecir a las versiones auténticas. Además, de acuerdo al artículo 33 de las Convenciones de Viena, se presume que los términos en todos los idiomas auténticos tienen el mismo sentido y que en caso de que exista una diferencia de sentido inconciliable se adoptará el sentido que mejor acuerde con ambos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

APENDICE

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

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 junio 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 los 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 del 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

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, conservan 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.

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.

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;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas 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.

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 conciernan;
- 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.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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 puedan 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.

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.

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 recurren 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.

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.

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 fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

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.

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.

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.

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 deberá 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 la 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.

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.

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.

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.

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 derecho 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, gocen 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 del 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.

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.

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.

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.

Parte VI. Educación y Medios de Comunicación

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.

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.

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.

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.

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 al 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.

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.

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, espiritual y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

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.

Parte IX. Disposiciones Generales

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.

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.

Parte X. Disposiciones Finales

Artículo 36

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

Artículo 37

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

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.

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 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.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

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,

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,

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,

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas

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:

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.

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.

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.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas

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.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto – Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2007.
- Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto - Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997.
- Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Vázquez, Gabriela A.; *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005.
- Anaya, S. James; *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, New York NY, 1996.
- Asamblea por los Derechos Humanos – Universidad Nacional del Comahue; *Proyecto Especial de Investigación y Extensión U.N.C. – A.P.D.H.. Defensa y Reivindicación de Tierras Indígenas*, Neuquén, 1996.
- Aylwin, José O.; *El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2002.
- Becerra, Nicolás; *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Bello, Alvaro; *Etnicidad y ciudadanía en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.
- Bello, Alvaro y Aylwin O., José (comps.); *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008.
- Bengoa, José; *La emergencia indígena en América Latina*; Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2007.
- Bennet, G.; *Aboriginal Rights in International Law*, Royal Anthropological Institute, London, 1978.
- Berraondo, Mikel (coord.); *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- Berraondo, Mikel (coord); *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido*, Alternativa, Barcelona, 2008.
- Berraondo, Mikel; *La ratificación del Convenio N° 169 por España. Reflexiones en torno a*

- sus implicaciones*, aacid, Madrid, 2009.
- Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1988.
- Biró, Anna-Mária & Kovács, Petra; “*Diversity in Action. Local Public Management of Multi-Ethnic Communities in Central and Eastern Europe*”, Budapest, Open Society Institute, 2001.
- Boggiano, Antonio; *Derecho Internacional. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Brailovsky, Antonio Elio; *Historia ecológica de Iberoamérica*, Ed. Kaicron – Le Monde Diplomatique, Buenos Aires, 2006.
- Cañado Trindade, Antonio A.; *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- Capotorti, Francesco; *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations, New York NY, 1991.
- Carrió, Alejandro; *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990.
- Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo; *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, International Work Group for Indigenous Affairs IWGIA, Copenhagen, 2009.
- Chiacchiera Castro, Paulina R., *La cuestión indígena. Análisis de la jurisprudencia de la C.S.J.N.*, Advocatus, Córdoba, 2009.
- Clavero, Bartolomé y otros; *Derechos de los pueblos indígenas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, O.E.A., Washington D.C., 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, O.E.A., Washington D.C., 2001.
- Comisión Internacional de Juristas; *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, C.I.J., Ginebra, 2005.
- Cucuzza, Héctor R.; *Yo argentino. La construcción de la Nación en los libros escolares (1873 – 1930)*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2007.
- Donders, Yvonne y otros; *Law and Cultural Diversity*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1999.
- Durante, Alfredo L (coord.), *La constitución real. Enfoques multidisciplinarios*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Eser, Albin y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- Forest Peoples Programme; *Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas*, Forest Peoples Programme, 2005.
- García Vázquez, Cristina (comp.); *Hegemonía e interculturalidad. Poblaciones originarias y migrantes. La interculturalidad como uno de los desafíos del siglo XXI*, Prometeo, Buenos Aires, 2008.
- Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada (2ª ed)*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas

- Ghioldi, Gerardo (comp.); *Historias de las Familias Mapuche Lof Paichil Antrito y Lof Quintriqueo*, Archivos del Sur, Villa la Angostura, 2009.
- Gilbert, Jérémie; *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law*, Transnational Publishers, Ardsley NY, 2006.
- Gordillo, Agustín; Gordo, Guillermo; Loiano, Adelina; Flax, Gregorio; López Alfonsín, Marcelo; Tambussi, Carlos; Ferreira, Marcelo y Pérez Solla, María Fernanda; *Derechos humanos* (4ª ed.), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- Hernández, Isabel; *Autonomía o ciudadanía incompleta*, Pehuén, Santiago, 2003.
- Herrero de Miñón, Miguel; *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998.
- Hoffe, Otfried; *Derecho intercultural*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Hobbes, Thomas (1651); *Leviatán*, Sarpe, Madrid, 1983.
- Hualpa, Eduardo Raúl; *Sin despojos. Derecho a la participación Mapuche-Tehuelche*, ENDEPA, Resistencia, 2003.
- Instituto de Promoción de Estudios Sociales; *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el sistema internacional de Naciones Unidas*, IPES, Pamplona, 2009.
- Kymlicka, Will; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996.
- Lillo, Rodrigo (coord.); *Resolución de conflictos en el derecho mapuche*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2002.
- MacKay, Fergus; *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Asociación Pro Derechos Humanos, FIDH, Lima, 1999.
- MacKay, Fergus; *Guía sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Forest Peoples Programme, 2001.
- MacKay, Fergus; *Una Guía para los derechos de los pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*, Forest Peoples Programme, 2002.
- MacKay, Fergus; *El derecho de los pueblos indígenas al Consentimiento libre, previo e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial*, Forest Peoples Programme, 2004.
- MacKay, Fergus; *Los derechos de los pueblos indígenas y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Forest Peoples Programme, 2007.
- Martínez Sarasola, Carlos; *Nuestros paisanos los indios*, Emecé, Buenos Aires, 1992.
- Martínez Sarasola, Carlos; *Los hijos de la tierra*, Emecé, Buenos Aires, 1998.
- Menni, Ana M.; *A lo largo de la ruta 23*, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, 1999.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ecuador, 2009.
- Morales, Roberto (comp.); *Universidad y pueblos indígenas*, Universidad de la Frontera, Temuco, 1997.
- Moyano Bonilla, César, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985.
- Netherlands Institute of Human Rights; *Law and Cultural Diversity*, NIHR, Utrecht, 1999.
- Organización Internacional del Trabajo; *La OIT y el "apartheid"*, O.I.T., Ginebra, 1969.

- Organización Internacional del Trabajo; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm 107)*, Informe VI, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988.
- Organización Internacional del Trabajo; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm 107)*, Informe IV, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1989.
- Organización Internacional del Trabajo; *Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un Manual*, O.I.T., Ginebra, 2007.
- Organización Internacional del Trabajo; *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, O.I.T., Ginebra, 2009.
- Organización Internacional del Trabajo; *La aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*, O.I.T., Ginebra, 2009.
- Pollitzer, Germán; *Marco legal para las comunidades indígenas de Argentina*, Fundación Cruzada Patagónica, Buenos Aires, 2001.
- Posner, Richard A.; *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge MS, 1996.
- Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Angel; Cenica celaya, María de las Nieves; *Derecho Constitucional Argentino*, Bublinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- Radovich, Juan C. y Balazote, Alejandro; *La problemática indígena*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992.
- Ramírez, Silvina; *Justicia Indígena: El desafío de la construcción de un estado pluricultural*, Inecip, Buenos Aires, 2001.
- Ramírez, Silvina; *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, CI, Buenos Aires, 2006.
- Rosatti y otros, *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- Ross, Alf; *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- Rothschild, David; *Protegiendo lo nuestro. Pueblos indígenas y biodiversidad*, SAIIC, Quito, 1996.
- Salgado, Juan M.; Gomiz, María Micaela; Huilipan, Verónica; *Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia del Neuquén*, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén, 2009.
- Sánchez Botero, Esther; *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.); *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano – Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México DF, 1990.
- Svampa, Maristella / Antonelli, Mirta A. (eds.); *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, Biblos, Buenos Aires, 2009.
- Thornberry, Patrick, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, New York NY, 2002.
- Thornberry, Patrick; *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford University Press,

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas

New York NY, 2001.

Tomei, Manuela y Swepston, Lee; *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Torres, Ramón; *Entre lo propio y lo ajeno. Derechos de los pueblos indígenas y propiedad intelectual*, COICA, Quito, 1997.

Walzer, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1997.

Wray, Alberto y otros; *Derecho, pueblos indígenas y reforma del estado*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 1993.

María Micaela Gomiz - Juan Manuel Salgado

INDICE

Prólogo a la Segunda Edición	5
Prólogo a la Primera Edición	9
Advertencias Preliminares	13
Prefacio a la Primera Edición	17
Introducción	21
El cambio de paradigma jurídico: un derecho descolonizador	23
La operatividad de los tratados de derechos humanos en nuestro derecho interno	26
Las relaciones entre los pueblos indígenas y el derecho internacional	28
La Declaración de las Naciones Unidas y el principio de libre determinación de los pueblos	31
La interpretación del Convenio 169	35
El preámbulo	39
La autonomía indígena	45
El preámbulo y la Declaración	47
Parte I. Política General	49
Definición. Artículo 1	51
El problema de la definición	52
Pueblos indígenas y tribales	53
Pueblos tribales:	54

Pueblos indígenas:	55
Indígenas y minorías	57
El criterio de autoidentificación	59
Indígenas urbanos	63
El concepto “pueblos”	64
Los pueblos indígenas argentinos	66
Lineamientos generales. Artículo 2	69
La nueva orientación	70
Las obligaciones generales de los estados	71
Derechos humanos. Artículo 3	77
Los derechos colectivos	79
Mecanismos especiales de la ONU sobre pueblos indígenas	80
Los pueblos indígenas y los principales instrumentos de derechos humanos	82
Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	82
Convención Americana sobre Derechos Humanos	84
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.	86
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	87
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	90
Convención sobre los Derechos del Niño	91
Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia,	93
Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas	93
Otros instrumentos	94
La mujer indígena	94
Garantía de derechos y prohibición del uso de la fuerza	96
Cláusula de salvaguardia. Artículo 4	99
Medidas especiales de salvaguardia	100
Derecho de veto	104
Ausencia de discriminación	105
Reconocimiento cultural e institucional. Artículo 5	107
Reconocimiento cultural	108
La índole de los problemas	109
Reconocimiento de las instituciones indígenas	110
El reconocimiento de la institucionalidad indígena en el derecho interno	

argentino	111
Las competencias provinciales en materia de personería de las comunidades indígenas	115
Las nuevas condiciones de vida y de trabajo	116
Participación, consulta y consentimiento. Artículo 6	117
Acción gubernamental, participación y consulta	118
Derecho de consulta	121
El consentimiento libre, previo e informado	129
Participación permanente	131
Derecho al desarrollo institucional	133
Libre determinación, desarrollo y medio ambiente. Artículo 7	135
Libre determinación	137
Desarrollo autónomo	140
Prioridades de los planes de desarrollo	142
Impacto cultural y ambiental	143
Derecho al ambiente sano	143
Derecho indígena. Artículo 8	145
Los dos derechos	146
Un lugar para el derecho indígena	147
Debida consideración del derecho indígena	148
La prueba de las costumbres o el derecho consuetudinario en los procedimientos judiciales o administrativos	150
La autonomía jurídica	153
Derechos ciudadanos	156
Costumbres indígenas y derecho penal. Artículo 9	157
Las sanciones y la composición comunitarias	158
Conflictos entre el derecho indígena y el derecho estatal	161
Tener en cuenta las costumbres	162
Sanciones penales. Artículo 10	165
Ejecución penal	165
Servicios personales. Artículo 11	169
Prohibición de esclavitud y servidumbre	169
Trabajos comunales	171
Protección judicial. Artículo 12	173
Recurso judicial efectivo y justicias provinciales	174

Legitimación colectiva	177
Garantías	179
Parte II. Tierras	181
Derechos colectivos y territorio. Artículo 13	183
Los pueblos indígenas y su relación con las tierras y territorios	185
Tierras, territorios y recursos	188
Propiedad y posesión . Artículo 14	193
El derecho público de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de las tierras	194
La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y la propie- dad indígena	198
Posesión indígena, ocupación tradicional y posesión civil	200
Relevamiento, determinación y demarcación. La ley 26.160	205
Garantías	208
Solución de reivindicaciones	209
Recursos. Artículo 15	211
Los derechos de los pueblos indígenas a sus recursos naturales	212
Recursos esenciales	216
Derecho a la consulta	218
Derecho a la participación y a la indemnización	222
Jurisprudencia	224
Traslados. Artículo 16	229
Prohibición de desalojos	231
Circunstancias excepcionales	232
Consentimiento libre e informado	233
Procedimiento contencioso	234
Derecho a retornar	234
Indemnizaciones	236
Transmisión de la propiedad. Artículo 17	237
Transmisión de derechos	238
Capacidad de enajenación	239
Protección frente a abusos	240
Despojos. Artículo 18	243

Sanciones por intrusión	243
Programas agrarios. Artículo 19	247
No discriminación	247
Tierras adicionales	248
Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo	251
Especial protección laboral. Artículo 20	253
El trabajo en relación de dependencia	254
Medidas especiales	256
Discriminación de hecho	257
Garantías especiales	259
Adecuada inspección del trabajo	260
El trabajo infantil	261
Parte IV. Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales	263
Críticas al título	263
No discriminación. Artículo 21	265
Tratamiento igualitario	265
Programas de formación. Artículo 22	269
Formación profesional adecuada	270
Programas especiales	271
Economía tradicional y cultura. Artículo 23	273
Actividades tradicionales	274
Asistencia técnica y financiera	276
Parte V. Seguridad Social y Salud	279
Seguridad social. Artículo 24	281
Extensión progresiva sin discriminación	281
Principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales	283
Salud. Artículo 25	285
Derecho a la salud	287

Participación y autogestión	290
Métodos, prácticas y medicamentos propios	291
Organización comunitaria	292
Parte VI. Educación y Medios de Comunicación	293
La educación intercultural	293
Derecho a la educación. Artículo 26	297
El derecho de los pueblos indígenas a la educación	298
Autonomía educativa. Artículo 27	303
Objetivos	304
Gestión educativa autónoma	305
El estudio del Mecanismo de Expertos	306
Educación bilingüe. Artículo 28	309
Educación en lengua materna	310
Dominio de la lengua oficial	311
Medidas especiales de protección del idioma	312
Conocimientos generales. Artículo 29	313
Conocimientos generales	313
Información sobre los derechos. Artículo 30	315
Información sobre los derechos	315
Educación e información interculturales Artículo 31	317
Eliminación de prejuicios	318
Interculturalidad en el sistema educativo	320
Derecho de rectificación o respuesta	322
Parte VII. Contactos y Cooperación a Través de las Fronteras	323
Organización, circulación y contactos transfronterizos. Artículo 32	325
Derecho a la unidad transfronteriza	325
Parte VIII. Administración	327

Acción administrativa y participación. Artículo 33	329
Organismo responsable y programas gubernamentales	330
Participación	333
El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.) y los organismos provinciales	333
Parte IX. Disposiciones Generales	337
Interpretación adaptada a las condiciones locales. Artículo 34	339
Flexibilidad	340
El principio del “efecto útil”	341
Fuentes. Artículo 35	343
El principio de la norma más favorable	344
Otras normas protectoras de los derechos de los pueblos indígenas	345
Parte X. Disposiciones Finales	347
Revisión del Convenio 107. Artículo 36	349
Ratificaciones. Artículo 37	351
Obligatoriedad y entrada en vigencia. Artículo 38	353
Vigencia temporal	353
Obligaciones de los estados	355
El control internacional del cumplimiento por la O.I.T.	355
Los mecanismos de control en el sistema Interamericano y su utilización ...	357
Los mecanismos de control en el sistema de las Naciones Unidas y sus posibilidades prácticas	361
Examen Periódico Universal- EPU	365
Denuncia. Artículo 39	367
Notificaciones. Artículo 40	367
Registro. Artículo 41	368
Necesidad de revisión. Artículo 42	368

Consecuencias de la revisión. Artículo 43	368
Idiomas. Artículo 44	369
Apéndice	371
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales	371
Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	385
Bibliografía	395

El Dr. Juan Manuel Salgado, ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, es abogado de la Confederación Mapuche Neuquina y asesor de organizaciones sindicales y organismos de derechos humanos. Ha sido Fiscal y Juez de Instrucción y Correccional en la Provincia del Neuquén, en donde participó en la redacción del anteproyecto del Código Procesal Penal. Profesor Adjunto de Teoría del Derecho y director del Posgrado en Derechos Humanos de la mencionada Universidad, ha expuesto en numerosos foros y jornadas sobre los derechos de los pueblos originarios y la construcción de un nuevo estado intercultural. Es director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODPHPI) y presidente de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI).

La Dra. María Micaela Gomiz, es abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Se ha dedicado al estudio de los Derechos Humanos y en ese sentido ha sido formada por la Escuela Itinerante de Derechos Indígenas y por la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Ha sido miembro del equipo jurídico de la Confederación Mapuche Neuquina y actualmente es integrante del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas en tareas de defensa legal, asesoramiento, capacitación y monitoreo de derechos.

La incorporación al ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos, la reforma constitucional de 1994, que reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, y la ratificación del Convenio 169 de la O.I.T., constituyen un vuelco fundamental dentro del derecho positivo que apenas ha comenzado a asimilarse por la doctrina y jurisprudencia. Un cambio tan abrupto, incompatible con posturas ideológicas muy arraigadas en la educación legal tradicional, resulta consciente o inconscientemente resistido por la mayoría de quienes deben aplicarlo, de modo que la práctica cotidiana muestra una anómala preeminencia de normas de jerarquía inferior (leyes o reglamentos administrativos) que mantienen la orientación derogada por la constitución y los tratados. El objetivo de este manual es servir de instrumento para revertir esta situación ilegal y facilitar la aplicación del derecho vigente en la actualidad.

En 1816 nos declaramos independientes, pero ese acto no será perfecto hasta que no se reconozca que el orden precedente se asentó sobre una violencia que privó masivamente de derechos a toda la población originaria y este reconocimiento se traduzca en pasos concretos destinados a reparar los efectos lesivos que aún perduran. Se privó de la vida, de la libertad, de la propiedad, pero también de la cultura, y es claro que el derecho es un producto cultural. Devolver a estos pueblos su jurisdicción no fragmenta la soberanía, sino que importa un pacto entre un orden jurídico que se proclama independiente y, como tal, pone distancia de los horrores cometidos por su predecesor, devolviendo a los desposeídos el derecho a su propia cultura, y los pueblos que se vieron privados de esos derechos y hoy se integran a la soberanía con su derecho y su jurisdicción.

No es posible desconocer que en nuestro territorio, en tiempos posteriores a la proclamación de la Independencia, lejos de proceder de modo acorde con ésta, se ha continuado con su obra de depredación y genocidio, no sólo por omisión sino también por acción violenta y abierta. Tiempo es de corregir esta sangrienta mancha de incoherencia entre la Independencia proclamada y la realmente realizada. En este sentido, los verdaderos actos de reafirmación legal de nuestra soberanía son los que introducen la cláusula constitucional citada y la ratificación argentina al Convenio 169.

En el plano internacional, el Convenio 169 abre las puertas a un nuevo capítulo aún no transitado en el orden jurídico mundial, que es el de las reparaciones históricas por los genocidios cometidos por los países colonialistas, que abarcan también el sometimiento de millones de personas a la esclavitud y su forzado desplazamiento masivo. Si bien es ponderable el establecimiento del Tribunal Penal Internacional, la justicia internacional no será completa hasta que no se establezca un Tribunal Civil Internacional, aunque para ello haya que vencer intereses que hoy parecen insuperables.

Eugenio Raúl Zaffaroni

