



Universidad Rafael Landívar  
Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales

Serie  
Jurídica

# EL NUEVO ENFOQUE INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Midori Papadópolo

JRL  
23.1197  
213  
DIES





**Universidad Rafael Landívar**  
**Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales**

---

**EL NUEVO ENFOQUE  
INTERNACIONAL EN MATERIA  
DE DERECHOS DE  
LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

---

Midori Papadópolo



# **El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas**

Editor:

©1995 Universidad Rafael Landívar

Instituto de Investigaciones

Económicas y Sociales (IDIES)

Autora:

Midori Papadópolo

## **Universidad Rafael Landívar**

Rector:

Gabriel Medrano Valenzuela

Vicerrectora General:

Guillermina Herrera Peña

Vicerrector Académico:

Luis Achaerandio Zuazo, S.J.

## **Consejo del IDIES**

Director:

Miguel von Hoegen

Decana de la Facultad de

Ciencias Políticas y Sociales:

María Eugenia Morales de Sierra

Decano de la Facultad de

Ciencias Económicas:

Ricardo Curruchiche S.

Decano de la Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales:

Carlos Enrique Luna Villacorta

Coordinación Editorial:

Ana Victoria Peláez Ponce

Diagramación:

Lourdes Penados

Esta publicación es realizada con financiamiento de la Fundación Konrad Adenauer, de la República Federal de Alemania.

Derechos reservados. Esta publicación no puede reproducirse total o parcialmente, por ningún medio, sin consentimiento del Editor.

## ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>DEFINICIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS</b>	<b>5</b>
1. Importancia de una definición	7
2. Análisis de algunas definiciones	12
2.1 Estudio de la OIT sobre poblaciones indígenas (1953)	12
2.2 Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes (1957)	13
2.3 Estudio de la ONU sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas (1987)	14
2.4 Convenio 169 de la OIT: "Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (1989)	16
2.5 Definición, a partir del sujeto que debe elaborarla	18
2.6 Diferencia entre pueblos indígenas y minorías	19
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS</b>	<b>21</b>
1. Importancia de las tierras, territorios y recursos	23
1.1 Importancia de la tierra para los pueblos indígenas	23
2. Legislación internacional sobre la tierra, el territorio y los recursos	31
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>LENGUA, EDUCACIÓN Y CULTURA</b>	<b>41</b>
1. Importancia de la lengua, la educación y la cultura	43
2. Legislación internacional sobre la lengua, la educación y la cultura	47
2.1 Convenio No. 107 (1957)	47
2.2 Convenio 169 (1989)	48
2.3 Proyecto de la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas	51

<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA Y ORGANIZACIÓN SOCIAL</b>	<b>53</b>
1. Importancia del derecho consuetudinario y organización social	55
1.1 El derecho a la tierra	57
1.2 La persecución de delitos o el derecho penal	57
1.3 Procedimientos de administración de justicia	58
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>AUTONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN</b>	<b>61</b>
1. Autodeterminación o libre determinación	63
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>67</b>

---

# INTRODUCCIÓN

---



El tema relativo a los Derechos de los Pueblos Indígenas ha cobrado una importancia inusitada. Juristas, sociólogos, antropólogos y otros científicos sociales están empezando a realizar estudios serios en torno a esta temática.

Desde la perspectiva específicamente jurídica estos estudios están aconteciendo desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de la legislación interna de cada país y desde el punto de vista de la legislación internacional.

Por un lado, el tratamiento tradicional a estos pueblos desde la perspectiva de la ley nacional está empezando a ser seriamente cuestionado y las legislaciones internas de algunos países latinoamericanos, en las dos últimas décadas, han realizado innovaciones o incorporado por primera vez, tanto a nivel constitucional como de legislación ordinaria, normas tendientes a la protección de los derechos de estos pueblos; por el otro lado, dada la ausencia en algunos países de una normativa de tal naturaleza, o bien dada la ineficacia de los intentos de las leyes nacionales que sí la contemplan, pero que en muchos casos no pasa de ser más que letra muerta, estamos presenciando un reiterado intento por parte del derecho internacional en materia de derechos humanos, de legislar en favor de estos pueblos tradicionalmente objeto de discriminación y violación a sus derechos, en muchos sentidos.

Desde este último punto de vista, el internacional, instrumentos jurídicos importantes en relación con los derechos de los pueblos indígenas han sido recientemente adoptados, tal es el caso del "Convenio sobre pueblos indígenas o tribales en países independientes" (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) -OIT-, y otros están próximos a ser adoptados, tal el caso de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El presente trabajo aborda la temática de los derechos de los pueblos indígenas y el nuevo enfoque o la nueva tendencia de la legislación internacional y ciertas legislaciones nacionales, dividiendo el tema en los aspectos más sobresalientes, tratando de dar una idea sobre los mismos y sobre la regulación por parte de algunas legislaciones nacionales y, ante todo, la reciente legislación internacional; por lo que se pone énfasis en el Convenio 169 de la OIT.

Los aspectos que consideramos como fundamentales para abordar esta temática, y a cada uno de los cuales se dedica un capítulo, son:

- Definición de pueblos indígenas.
- Tierras, territorio y recursos.
- Lengua, educación y cultura.
- Derecho consuetudinario y organización social.
- Autonomía y autodeterminación.



---

**DEFINICIÓN DE  
PUEBLOS INDÍGENAS**

---



## 1. Importancia de una definición

El definir qué es un pueblo o población indígena y quién es indígena es uno de los problemas más complejos y discutidos a los que se enfrenta esta temática. Autores, organismos internacionales, los Estados y las propias organizaciones indígenas, no han encontrado, todavía, una definición que satisfaga a todos por igual.

Desde la perspectiva del derecho internacional, dado que su finalidad es que sus normas se apliquen en el mayor número posible de Estados miembros de la comunidad internacional, la pregunta obligada es ¿existe o no una definición única y universalmente válida de pueblos indígenas, que pueda aplicarse por igual a todas las poblaciones indígenas del mundo, aún a pesar de sus diferencias culturales, históricas, de organización social, etc. que se presentan entre ellas?

Desde la perspectiva del derecho nacional, los Estados se han mostrado sumamente sensibles con respecto al problema definicional, optando algunas legislaciones, tanto a nivel constitucional como de ley ordinaria, por no contemplar taxativamente ninguna definición de pueblo, población o comunidad indígena, lo que no implica que no establezcan otros derechos relativos a dichos pueblos.

Por su parte, para las organizaciones indígenas las definiciones contempladas tanto en instrumentos internacionales como en las legislaciones nacionales no son satisfactorias, unas por ambiguas, otras por contradictorias, otras por insuficientes, otras por estar marcadas por un tinte paternalista, etc., independientemente de la argumentación y queja reiterada de estas organizaciones de que es a ellos, única y exclusivamente, a quienes debería corresponder el derecho de elaborar una definición, problema al que nos referiremos después.

Una definición lo más clara y satisfactoria posible de pueblos indígenas como colectividad, e incluso, de lo que es ser indígena desde el punto de vista individual, es un requisito *sine qua non* para todo lo relacionado con la temática de los derechos de los pueblos indígenas, pues si estos derechos aparecen o van a aparecer regulados y a cumplirse efectivamente, tanto desde el punto de vista de la legislación nacional como de la internacional, es imprescindible saber, con seguridad, a quiénes se va a aplicar, es decir, a quién asisten tales derechos. Una adecuada definición facilitará una justa y pronta aplicación de estos derechos, aunque su sola existencia, por cierto, no es garantía *per se* para garantizar su reconocimiento.

Swepston (1978, p. 167) señala que “la designación de ciertos grupos de población como indígenas puede tener consecuencias jurídicas tales como el derecho a un trato especial ante los tribunales y la prioridad en la distribución de tierras efectuada en virtud de la legislación sobre reforma agraria. Por estos motivos la definición adoptada puede diferir ampliamente de un país a otro”.

El tema de la importancia de una definición nos conduce a otro que va de la mano con el mismo y que es la dificultad de elaborar una definición de pueblo indígena: Hernán Santa Cruz, quien en 1971 preparó para la ONU un estudio sobre la discriminación racial, en su calidad de Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, señala:

“El identificar a una persona o a un grupo como indígena puede ser, sin embargo, un problema complejo y difícil. En muchos casos, la primera confrontación entre los ‘habitantes’ y los ‘invasores’ ocurrió hace siglos. Al correr los años, la vida en común rompió las distinciones físicas y étnicas entre los dos grupos, y produjo en diversa medida el hibridismo biológico y el cultural. La consiguiente mezcla social, racial y cultural hace que sea muy difícil llegar a una definición precisa de quiénes pueden ser considerados hoy como los habitantes indígenas o aborígenes de un país dado. Las únicas excepciones pueden ser los grupos que ocupan selvas, bosques espesos y montañas o en otras zonas de difícil acceso, o buscaron refugio en ellos, y allí pudieron mantener su propia cultura y su propio modo de vida, y que permanecieran en un aislamiento relativo hasta el presente.”

En esas circunstancias, el problema actual es determinar en cada caso el criterio que ha de aplicarse para definir los grupos que deben considerarse como indígenas. A este respecto se ha escrito: “para determinar las categorías que engloban a dichos grupos se ha recurrido a conceptos ya flexibles, ya heterogéneos, circunstancia que a veces ha dado origen a fuertes discrepancias entre los datos estadísticos y las estimaciones para un mismo país, así como a la imposibilidad de establecer comparaciones útiles entre varias naciones. El administrador, el jurista y el sociólogo propenden a utilizar criterios diversos y a menudo contradictorios como base de sus definiciones: el color de la piel, el lenguaje, el uso consuetudinario, la condición tribal y las normas de vida. Cada país ha planteado el problema de la definición a su propia manera de acuerdo con sus propias tradiciones, organización social y política” (Stavenhagen, 1988: 136).

Stavenhagen señala también que:

“una de la mayores dificultades a las que se enfrentan los autores de éstos y otros estudios, es definir las ‘poblaciones indígenas’. En efecto, a través de la lectura de los diferentes instrumentos internacionales, se advierte que no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto. Cada país ha planteado el problema de la definición a su manera, habiéndose llegado así a soluciones que abarcan una amplia gama de criterios de diferenciación, desde factores exclusivamente, o casi exclusivamente raciales, hasta consideraciones en que predominan criterios socioculturales...”

Agrega este autor que:

“...no solamente existen definiciones distintas y a veces contradictorias, sino que también denominaciones distintas: así encontramos, entre otras: ‘poblaciones indígenas’, ‘aborígenes’, ‘nativos’, ‘silvícolas’, ‘minorías étnicas’, ‘poblaciones tribales’, ‘poblaciones semitribales’, ‘minorías lingüísticas’, ‘minorías religiosas’, ‘indios’, o simplemente ‘tribus’, ‘tribus semibárbaras’,

'poblaciones no civilizadas', 'poblaciones no integradas a la civilización', 'pueblos indígenas', 'autóctonos', 'poblaciones autóctonas', etc.; y a este propósito debemos agregar que a veces en un mismo país se aplican definiciones y criterios distintos para definir o catalogar porciones de la población del Estado-nación, lo que hace el problema más complejo" (Stavenhagen, 1988: 135).

Hasta aquí hemos visto el problema que se presenta desde el punto de vista definicional de delimitar o precisar qué es lo indígena y quién es indígena; pero esta es sólo la primera parte del problema; la otra dificultad estriba en precisar si se trata de poblaciones, pueblos, comunidades, grupos, etc. Actualmente se ha reducido la esfera de controversia a sólo dos términos: ¿se trata de poblaciones o de pueblos indígenas? con todas las connotaciones que implica el adoptar uno u otro término desde el punto de vista del derecho de estos pueblos a la autonomía y libre determinación.

Desde el punto de vista de la legislación internacional no existe una definición del término *pueblo*, no obstante que dicho término aparece tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 1); desde el punto de vista del derecho internacional, a los pueblos les asiste el derecho de libre determinación o de autodeterminación, no así a las poblaciones. De allí que para el caso específico de los indígenas se haya utilizado, hasta época reciente, el término de poblaciones en vez del pueblo, por el temor a que el derecho de libre determinación que asiste a estos últimos pudiera haber sido interpretado como derecho a la secesión.

Como tendremos ocasión de apreciar más adelante, el estudio de la OIT de 1953 y el Convenio 107 de la OIT (1957), se refieren a poblaciones indígenas; el estudio de Martínez Cobos (1983) habla de pueblos pero también de comunidades y naciones indígenas; el Convenio 169 de la OIT (1989) sí les denomina clara y específicamente pueblos indígenas, pero sujeto este calificativo a las condiciones que mencionaremos más adelante; y la próxima Declaración Universal sobre Derechos Indígenas de la ONU, probablemente se denominará Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La insistencia reiterada de la legislación internacional de que el principio de libre determinación que asiste a los pueblos, en nuestro caso los pueblos indígenas, no debe entenderse como derecho de secesión, se evidencia claramente en las explicaciones de los diversos estudios que han abordado el tema, como en las disposiciones de los instrumentos internacionales, a la vez que señalan en qué sentido debe entenderse el término pueblo, así como los alcances del derecho de libre determinación que les asista; veamos:

En 1974, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección de las Minorías decidió nombrar un relator especial para que realizara un estudio sobre "El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas". Aunque dicho estudio no se refiere

específicamente a los pueblos indígenas sino a los pueblos en general, es de suma importancia transcribir algunas de sus partes, pues aborda a fondo la problemática del concepto de pueblo y del de autodeterminación:

"...los instrumentos correspondientes aprobados por las Naciones Unidas sobre el tema declaran insistentemente que todos los pueblos deben disfrutar del derecho a la libre determinación. Mientras la Carta habla de "la igualdad de derechos y (...) de la libre determinación de los pueblos", en la resolución 545 (vi) de la Asamblea General de 5 de febrero de 1952, se utiliza la expresión "Todos los pueblos tendrán el derecho de libre determinación"...

El artículo 55 de la Carta establece también claramente que los "pueblos" a que se refiere el principio son en realidad todos los pueblos. Sin embargo, la aplicación de principio a todos los pueblos no puede interpretarse como estímulo a los movimientos de secesión o irredentistas, o como justificación de las actividades encaminadas a modificar el sistema de gobierno de un país. La interpretación del principio en un sentido más amplio lleva al reconocimiento del derecho inatacable de todos los pueblos a determinar libremente y emprende igualdad de su propio régimen político, económico y social y su estatuto internacional, lo que constituye de hecho una condición previa esencial para el progreso de la comunidad internacional.

Es difícil definir con precisión el término "pueblo", ya que la identificación de un pueblo al que se aplicará el principio puede presentar problemas extremadamente complejos. Las diversas posibilidades de interrelación y las incertidumbres resultantes, pueden en muchos casos, convertir el derecho de los pueblos a la libre determinación en un instrumento dirigido contra la integridad editorial y la unidad política de los Estados. En efecto, los pueblos podrán ser utilizados en contra de sus verdaderos intereses para secundar proyectos de agresión o subversión en beneficio de intereses extranjeros. Este derecho, mal entendido, podría también estimular los movimientos de secesión en el territorio de estados independientes donde cualquier grupo podría creer que tiene un derecho inmediato y sin límites a crear su propio Estado. Ningún Estado -anterior o reciente- puede estimarse libre de este peligro. Los Estados más heterogéneos desde el punto de vista étnico pueden ser objeto de codicia o de intentos de desmembramientos...

En el contexto de la eliminación del colonialismo ha sido más fácil mover las dificultades planteadas para determinar los pueblos que habían de beneficiarse del derecho de libre determinación. Han hayado su solución al aprobarse el principio de concesión de la independencia "a los países y pueblos coloniales", contenido en la declaración sobre el tema (Resolución 1514 -XV- de la Asamblea General...)

La cuestión de una definición del término "pueblo" es de la mayor importancia, ya que puede influir sobre las medidas que se han de tomar en relación con ciertos aspectos de la cuestión, en particular el aspecto político del ejercicio del derecho de libre determinación, es decir, el derecho de los pueblos a elegir su estatuto político internacional.

- a) El término "pueblo" designa una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias;

- b) Implica una relación con un territorio incluso si el pueblo del que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población;
- c) El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el caso de minorías hay un principio que presenta especial importancia. Se trata del principio elaborado en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 (xxv) de la Asamblea General), proclamado por vez primera en la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y recogido también en muchas otras resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ese principio es el siguiente:

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes (de la formulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos) se entenderá en el sentido de que autoriza a fomentar acción alguna encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente a territorio sin distinción por motivos de raza, credo o color.

El Convenio 169 de la OIT, de 1989, ha optado por utilizar específicamente el término pueblos, abandonando el de poblaciones que fue utilizado por el Convenio 107; pero, como afirma Lerner, “la definición contenida en el nuevo Convenio de la OIT produjo mucha controversia, como era de esperar. Se sostuvo que el texto usaba ciertos términos en un sentido diferente del que se les adjudica en derecho internacional. Representantes de algunos gobiernos expresaron firme preferencia por el término poblaciones en vez de pueblos”. El autor señala especialmente a los voceros asiáticos y latinoamericanos (Lerner, 1991: 136, nota de pie página No. 17).

Para tener una idea de la controversia que produjo la utilización del término “pueblos” que aparece en el Convenio 169, nos permitimos traducir la descripción que R.L. Barsh, en su artículo “Revision of ILO Convention No. 107”, ofrece en relación con la discusión que este tema produjo entre algunos de los quince expertos convocados por la OIT, reunidos por diez días en Ginebra, en septiembre de 1986, en relación con la revisión del Convenio 107:

“La discusión de la autodeterminación condujo a la cuestión de redefinir el objeto legal de la Convención. Expertos indígenas sostuvieron que el uso del término poblaciones era peyorativo. Condé señaló que el término pueblos era de uso actual en la UNESCO. Freeman argumentó, sin embargo, que el cambio en la terminología sería peligroso, puesto que implica el derecho de autodeterminación... Hogetveit afirmó que no había peligro real siempre y cuando quedara claro del instrumento como un todo que no se refería al derecho de formar nuevos Estados

independientes. El chairman, como sociólogo, observó que el término pueblos implica algún grado de organización social, unidad y cultura, en oposición a una mera masa de individuos, pero Carvalho insistió en que el problema era jurídico y no sociológico" (Barsh, 1987: 760).

Al final, como puede apreciarse de la lectura del Convenio 169, prevaleció el criterio de utilizar el término "pueblos"; sin embargo, los riesgos e incertidumbre señalados por los críticos a la utilización de dicho término fueron tomados muy en cuenta y el Convenio en su artículo 1, párrafo 3ro., señala que la "utilización del término pueblos en este Convenio deberá interpretarse como una expresión que implique relación con los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional".

Pero, como afirma Lerner:

"queda por ver si el resguardo contenido en el artículo 1.3 será considerado suficiente por aquellos que objetan el uso de una terminología susceptible de ser interpretado como envolviendo derechos que puedan conducir a la secesión. Al discutirse el artículo quedó claro que el derecho de los grupos indígenas a la autodeterminación existe sólo dentro del marco de los Estados nacionales, y que la OIT no tiene competencia alguna con respecto a la interpretación del derecho a la autodeterminación en derecho internacional" (Lerner, 1991: 137).

En cuanto a las legislaciones nacionales, parecen preferir el término Comunidades indígenas; para el efecto, ver por ejemplo las Constituciones de Guatemala, Nicaragua, Paraguay.

## 2. Análisis de algunas definiciones

### 2.1 Estudio de la OIT sobre poblaciones indígenas (1953)

La OIT realizó en 1953 un estudio denominado "Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes". Dicho estudio analizó varias definiciones y criterios utilizados por los Estados y los científicos sociales, llegando a la conclusión de que no había una definición única y universalmente válida de grupos indígenas; limitándose, por tanto, a proponer una descripción provisional que sirviera como una "orientación empírica para la identificación de los grupos indígenas en países independientes" (Stavenhagen, 1989: 229-230).

La descripción fue la siguiente:

"Personas indígenas son los descendientes de la población aborígen que vivía en un país determinado en el momento de su colonización o conquista (o sucesivas conquistas) por algunos de los ancestros de los grupos no-indígenas que en el presente detentan el poder político y económico. En general, estos descendientes tienden a vivir más de conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales que existían antes de la colonización o

conquista... que con la cultura de la nación a la cual pertenecen..." (Oficina Internacional del Trabajo, "Poblaciones indígenas", Ginebra, 1953: 26).

Nótese que esta descripción se refiere a personas indígenas y no a poblaciones como sí lo hace el título del estudio.

Esta descripción provisional se utilizó de base para la definición que aparece establecida en el Art. 1 del Convenio 107 de la OIT de 1957, que analizaremos a continuación.

## **2.2 Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes (1957)**

El Convenio 107 de la OIT había sido, hasta 1989, el único convenio internacional que regulará en forma global y específica las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas. Dicho convenio, en su Art. 1, señala que el mismo se aplica a:

- A. Poblaciones tribales o semitribales en países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas se hallan en una etapa menos adelantada que la etapa alcanzada por otras secciones de la comunidad nacional, y que están regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (Art. 1a).

El convenio considera como grupo semitribal "a grupos y personas que aunque se hallan en el proceso de perder sus características tribales, no están aún integradas en la comunidad nacional" (Art. 1.2).

- B. Las poblaciones consideradas 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, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más en conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales de esa época que con las instituciones de la nación a la que pertenecen. (Art. 1b).

Estas son, pues, las definiciones que contiene el Convenio en cuanto a las poblaciones tribales o semitribales, por un lado, y las poblaciones indígenas, por el otro.

Nótese que, a diferencia del estudio de la OIT de 1953 ya mencionado, que habla de personas indígenas, el Convenio 107 ya regula el término "poblaciones" indígenas.

Lo primero que llama la atención es que señala como parámetro para identificar, al menos a las poblaciones tribales y semitribales, su condición de "estar en una etapa menos adelantada", lo cual ha tenido como consecuencia que se tachara a tal definición de etnocentrista o colonialista. Entre los principales críticos a tal definición se encuentra,

por supuesto, los grupos indígenas, a los que si bien no se les señala tal característica en el Art. 1b, la han considerado extensiva a ellos también.

Sin embargo, el Convenio también tuvo, para algunos, una serie de atractivos, aparte del hecho muy significativo de ser el primer instrumento internacional que se atrevió a abordar esta materia. Como afirma Swepston, "esta definición confiere al Convenio una gran flexibilidad para ser aplicado a las poblaciones indígenas, en diversas circunstancias, en diversos países." Pero el mismo autor se apresura a señalar que:

"en la práctica, sin embargo, surgen varios problemas cuando se intenta aplicar esta definición a situaciones particulares. Los estados que han ratificado el Convenio pueden considerar que éste se aplica únicamente a grupos aislados, y silvícolas; o que incluye a todas las personas de ascendencia indígena si conservan ciertos vínculos con su cultura tradicional; o cualquier otra fórmula" (Swepston, 166-167).

La ONU publicó, en 1971, el informe sobre la discriminación racial citado con anterioridad, preparado por Hernán Santa Cruz, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías. En este informe el autor se ocupó de la discriminación social contra la población indígena y recomendó que la ONU encargara un estudio específico sobre este tema. La Subcomisión decidió ese mismo año, con autorización del Consejo Económico y Social, nombrar a José Ricardo Martínez Cobos como Relator Especial y encargarle un estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Esta investigación tardó más de diez años, y sus conclusiones fueron publicadas por la ONU en 1987.

El estudio realizado por el Relator Especial Martínez Cobos (1987) se denominó **Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas** y contiene una definición mucho más desarrollada que las anteriores que hemos señalado, pues contiene una definición de comunidades, pueblos y naciones indígenas en general y una definición de persona indígena desde el punto de vista individual:

### **2.3 Estudio de la ONU sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas (1987)**

"Son comunidades, pueblos y naciones indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en sus territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales".

Este estudio también propone una definición de “continuidad histórica”, a fin de hacer más clara la definición:

“Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente de uno o más de los siguientes factores:

- Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas;
- Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras;
- Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.);
- Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);
- Otros factores pertinentes.”

En cuanto a la definición de “persona indígena” desde una perspectiva individual, el estudio propone la siguiente definición:

“Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).”

Los aspectos importantes de esta definición son:

- A. Se refiere a los grupos indígenas con los calificativos de “comunidades”, “pueblos” y “naciones”, lo cual es un avance definicional en cuanto a la conceptualización de su identidad colectiva;
- B. Señala como rasgo fundamental para identificar a esas comunidades, pueblos o naciones, la “continuidad histórica” y además señala el o los parámetros que ayuden a identificar o determinar dicha continuidad histórica;
- C. Apunta como característica significativa de las comunidades, pueblos o naciones indígenas, la circunstancia de que “constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad...”.

Consideramos que esta situación debe ser considerada únicamente como una característica de naturaleza temporal, destinada a desaparecer de una definición de “comunidad”, “pueblo” o “nación” indígena. Si bien esta situación se presenta

ahora, y se ha presentado siempre desde la colonización, ello no quiere decir que, llegando el caso, si alguna o todas de las comunidades o pueblos indígenas dejare de ser sector no dominante de la sociedad, bien por lograrse colocar en un plano de igualdad respecto de los demás sectores de la sociedad, bien por convertirse en sector dominante, no por todo ello dejaría de considerársele indígena; y de hecho es el propósito de este nuevo catálogo específico de los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas, que los mismos lleguen a perder esa característica de sectores no dominantes de la sociedad con las consecuencias de opresión, discriminación, etc. que la misma ha traído y trae aparejada hasta el momento.

Por ello debe aspirarse a considerar a tal característica como de naturaleza temporal, así lleve años y años erradicarla, a diferencia de otras características que podríamos denominar imperecederas como lo son la lengua, las costumbres, su organización social, su territorio, etc.

- D. Se señala como otra característica particular de las comunidades, pueblos o naciones indígenas, la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones:
- Sus territorios, insinuándose ya, desde la definición, el derecho de estos pueblos a conservar sus tierras, a recuperar sus tierras en caso de haberlas perdido, a explotar sus tierras y recursos naturales de toda naturaleza como más consideren conveniente. En suma, el derecho a la autodeterminación territorial étnica como uno de los tantos aspectos que conforman el etnodesarrollo.
  - Su identidad étnica: la recuperación y el derecho de usar sus lenguas, costumbres, organización social, etc.

#### **2.4 Convenio 169 de la OIT: "Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (1989)**

El Convenio 169 de la OIT constituye una revisión al Convenio 107, la que se hacía necesaria debido a que, como señala el propio preámbulo del Convenio 169:

"...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".

A lo que se refiere el preámbulo es que el Convenio 107 adoptó la teoría integracionista o asimilacionista de los pueblos indígenas a sus comunidades nacionales, como una forma de asegurar su sobrevivencia, siendo sus disposiciones consecuentes con esta teoría o tendencia; sin embargo, en los últimos años, el integracionismo o la asimilación ha sido objeto de rechazo, no sólo por parte de los propios pueblos indígenas, sino

también por parte de los expertos en la materia. Si bien el Convenio 107 consideraba que esta era la mejor forma de proteger a los pueblos indígenas, a lo que condujo fue a la amenaza de la desaparición y extinción de la identidad cultural de los mismos; el Convenio 169 es un instrumento que trata de remediar esa situación.

En cuanto al tema que ahora nos ocupa, la definición de los pueblos indígenas, el Convenio 169 establece:

"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 de 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".

Los aspectos importantes de esta definición son:

- A. Utiliza exclusiva y expresamente el término "pueblos", y ya no "poblaciones" como lo hacía el Convenio 107, aunque como ya vimos, el Convenio mismo establece que dicho término no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puede conferirse al mismo en el derecho institucional.
- B. Elimina toda terminología que sugiera atraso por parte de tales pueblos: mientras el Convenio 107 señala como rasgo distintivo de los pueblos tribales, que "se hallan en una etapa menos avanzada que la ... alcanzada por otras secciones de la comunidad nacional", el Convenio 169 señala que sus "condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores..."; en cuanto a los pueblos indígenas, mientras el convenio 107 señala que "viven más en conformidad con las instituciones sociales, culturales y económicas de esa época" (se refiere a la conquista), el convenio 169 se limita a señalar que "conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

En cuanto a la característica señalada por el Convenio 169 de que los pueblos indígenas "conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas", cabe señalar lo siguiente: hay que tener cuidado en no interpretar la expresión de que conservan "todas sus propias" instituciones, etc. de sus antepasados;

pues todo pueblo evoluciona y los pueblos indígenas no son la excepción, por lo que, si han surgido nuevas instituciones, costumbres, etc., no por su aparición reciente debe dejar de considerárseles como indígenas. Ahora bien, es cierto que el mismo Convenio señala que conserven todas o parte de ellas, pero esto último es distinto de la circunstancia que señalamos.

## 2.5 Definición, a partir del sujeto que debe elaborarla

Como ya mencionamos con anterioridad, una argumentación y queja reiterada de las organizaciones indígenas consiste en insistir en que es a ellos, los indígenas a quienes corresponde, en forma exclusiva, el derecho de elaborar una definición.

Así por ejemplo, el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas ha afirmado que "...el derecho de definir quién es persona indígena se reserva a los propios pueblos indígenas", agregando que "bajo ninguna circunstancia deben permitir que definiciones artificiales... nos digan quienes somos".

Veamos algunas definiciones proporcionadas por ciertas organizaciones indígenas:

- A. El Segundo Congreso Indigenista Interamericano de 1949 (resolución 10) señala la siguiente definición de "indio" y "lo indio":

"El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerado por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lenguaje y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños. Lo indio es la expresión de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía, con el idioma propio y con la tradición nacional respectiva de los pueblos o naciones aborígenes" (Stavenhagen, 1988: 136).

- B. El Consejo Indio de Sudamérica establece la siguiente definición:

"Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente: tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y como herederos de una cultura milenaria, al cabo de casi 500 años de separación, estamos nuevamente unidos para encabezar nuestra liberación total del colonialismo occidental".

Ahora bien, este derecho reclamado por los pueblos indígenas a autodefinirse, a autocalificarse (¿podría decirse a "etnodefinirse"?), trae aparejado íntima e indisolublemente el derecho de dichos pueblos a determinar su membresía, término que hace alusión a "ser parte de ...", "pertenecer a...", pero esto requiere de una definición previa, que sólo a partir de la definición de "pueblo indígena" podría determinarse quién pertenece a ese pueblo indígena, quién es indígena, y con base en ellos ser sujeto de los derechos y obligaciones que corresponden a los miembros de dichos pueblos, individual o colectivamente.

En el estudio presentado por Martínez Cobos (1987) se señala que es a la comunidad indígena a la que corresponde: "... el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior".

Sin embargo, como señala Lerner, este enfoque subjetivo es susceptible de crear dificultades legales, como ocurre en casos similares con otros grupos basados en la autoidentificación y su aceptación por la sociedad. En el caso "Santa Clara Pueblo vrs. Martínez" (436 U.S. 49,1978), la Suprema Corte de los Estados Unidos delegó en los tribunales tribales la decisión acerca del derecho de un miembro femenino de una tribu a transmitir la condición de miembro a sus descendientes. En el caso "Lovelace", el Comité de Derechos Humanos, a cargo de la aplicación del Pacto de Derechos Humanos Civiles y Políticos (GAOR 36th Session. Supp. 40, a/36/40, Anexo XVIII), declaró que el Acta Indio Canadiense de 1970 viola el Artículo 27 del Pacto de Derechos Humanos Civiles y Políticos, al despojar a una mujer india, casada con un no-indio y luego separada, del derecho de retornar a habitar en la reserva" (Lerner, 1991: 135, nota de pie de pág. #12).

## 2.6. Diferencia entre pueblos indígenas y minorías

Los pueblos indígenas se han resistido consistentemente a que se les califique de minorías, exigiendo de la Comunidad Internacional un tratamiento distinto, no englobado dentro de dicho término.

Se ha afirmado que una de las características que singularizan a las poblaciones indígenas es que éstas han existido en el área de que se trate, desde antes del asentamiento de los grupos actualmente dominantes y su forma de vida, incluyendo la utilización de los recursos y también sus tradiciones culturales, es distinta de la del grupo actualmente dominante (Barsh, "Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law", 374); ello a diferencia de las minorías, las cuales pudieron haberse asentado en un Estado después de que se estableciera en el mismo el grupo actualmente dominante, y por ejemplo el caso de las personas de raza negra de los Estados Unidos de Norteamérica e incluso las personas de raza negra en algunos países de América Latina.

Así, los participantes en el Seminario de Naciones Unidas sobre Pueblos y Naciones Indígenas convinieron en que los pueblos indígenas no son minorías, que son propiamente sujetos de derecho internacional; y que, si bien no son Estados, poseen derechos y obligaciones internacionales (Barsh, "United Nations Seminar on Indigenous Peoples and States", 602, nota de pie de pág. #20).

Barsh también trata la cuestión de la legitimación de los pueblos indígenas para invocar remedios o soluciones internacionales en el estudio: "The Status of the Individual and Contemporary International Law".

Creemos que es conveniente, no obstante que los pueblos indígenas insisten en no ser considerados como minorías, criterio que compartimos, que jurídicamente dicho término no tiene necesariamente una connotación de superioridad numérica, pues puede haber pueblos que son minoría pero cuyo número rebasa ampliamente al de otros grupos de la comunidad nacional; su connotación es, por lo tanto, el de no ser sector dominante de la sociedad. Por ejemplo, países como Guatemala, Bolivia, Ecuador, etc. están integrados mayoritariamente por indígenas, sin embargo se les considera y califica como minorías; en estos casos, puede ser más adecuado, tal vez, el término de mayorías minorizadas.

---

**TIERRAS,  
TERRITORIOS Y RECURSOS**

---



## 1. Importancia de las tierras, territorios y recursos

El derecho a la posesión y a la propiedad de las tierras, así como la explotación y la utilización y aprovechamiento de los recursos, es probablemente uno de los aspectos más controvertidos de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados en que viven.

Las organizaciones indígenas han exigido y exigen en la actualidad con vigor bastante acentuado, que las legislaciones reconozcan el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra y establezcan un régimen de propiedad de tierras diferente del que se aplica al resto de la población nacional, aspirando, asimismo, al reconocimiento y protección internacional en la materia.

En los últimos decenios se ha intensificado la demanda de los pueblos indígenas en este sentido, pues planes de colonización o grandes proyectos de desarrollo por parte de los Estados, han afectado seriamente, sino es que desde algunos casos, las tierras tradicionalmente ocupadas o habitadas por pueblos, ante todo en regiones forestales (Swepston, 1985: 128).

### 1.1 Importancia de la tierra para los pueblos indígenas

Como afirma Swepston (1985: 129)

"para los pueblos indígenas tribales, cualquiera que sea el sitio en que se encuentren, la seguridad en la tenencia de la tierra es un requisito necesario para que permanezca su modo de vida tradicional y desarrollo. En algunos casos, cuando ciertos grupos aislados han tenido muy poco o ningún contacto con el exterior, su supervivencia depende de la delimitación y protección de sus tierras; pero en todos los demás, la importancia de la tierra no es sólo económica, ya que conlleva la misma supervivencia de esos pueblos y su unidad cultural.

En relación con la importancia de la tierra para los pueblos indígenas, el Estudio del Relator Especial Martínez Cobos (1987), señala:

"Ha de ponerse de manifiesto la diferencia fundamental entre la relación con la tierra que tienen los indígenas y la que tienen otros sectores dentro de la población de los países... Ha de señalarse... que toda comunidad indígena tiene y mantiene todo un código de normas de diversa especie que se aplican a la tenencia y a la conservación de la tierra como importante elemento en el fenómeno de la producción, como asidero de la existencia familiar y base territorial. Toda la gama de consideraciones emocionales, espirituales y religiosas se actualizan al considerar la relación con la tierra. La tradición oral y el derecho consuetudinario, no escrito pero palpitan en los corazones de los indígenas, ha existido, existe y seguirá existiendo, mientras queden sobrevivientes. La tierra es parte de su existencia misma."

Veamos en forma más específica algunos de los derechos que sobre la posesión, propiedad y explotación de sus tierras están exigiendo la mayoría de pueblos indígenas, a través de las organizaciones indígenas:

- A. La resolución final de la Conferencia Internacional de las Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, celebrada en Ginebra en septiembre de 1977, especialmente recomendó:
- Que la relación especial entre los pueblos indígenas con sus tierras debiera ser comprendida y reconocida como un factor básico para sus creencias, tradiciones y cultura.
  - Que debiera reconocerse el derecho de todos los pueblos indígenas a la restitución y control de, por lo menos, las tierras suficientes y apropiadas que les permitan vivir una existencia económicamente viable de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones y a fin de hacer posible su completo desarrollo a su propio ritmo.
  - Que la propiedad de la tierra por los pueblos indígenas debiera ser irrestricta y debiera incluir la propiedad y el control de todos los recursos naturales; los derechos sobre las tierras no deberían ser terminados ni extinguidos sin su completo e ilustrado consentimiento.
  - Que el derecho de los pueblos indígenas a poseer sus tierras en forma comunitaria y a administrarlas de acuerdo a sus propias tradiciones y cultura debiera ser reconocido nacional e internacionalmente, y plenamente protegido por la ley.
  - Que cuando corresponda debiera brindarse ayuda a los pueblos indígenas a adquirir la tierra que ellos requieran.
  - Que debiera prestarse asistencia legal a los pueblos indígenas con el fin de ayudarles a establecer y mantener sus derechos sobre la tierra.
  - Que todos los gobiernos debieran dar reconocimiento a las organizaciones de pueblos indígenas, y debieran comenzar negociaciones significativas con ellas a fin de resolver sus problemas de tierras (Swepston, 1985: 130).

Como afirma Stavenhagen (1989: 232-234), "el desarrollo económico y la integración de un sistema mundial de producción y consumo han renovado las presiones sobre lo que queda de las tierras de los pueblos indígenas en la actualidad".

- B. De conformidad con la Comisión Independiente de Asuntos Humanitarios Internacionales, desde la Segunda Guerra Mundial el número de invasiones de tierras indígenas se ha multiplicado en el mundo. Consideradas alguna vez como

terrenos baldíos de poco valor económico y político, los territorios indígenas ahora han sido identificados como áreas de vital importancia nacional y aún internacional, no contando ya con regiones vírgenes o indeseadas a donde refugiarse, los habitantes indígenas se han visto obligados a aceptar estas invasiones de mala gana, o bien, a oponer resistencia (Stavenhagen, 1989: 233).

El tema de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y explotación de los recursos coloca tanto a la legislación internacional, pero sobre todo a las legislaciones nacionales, en una situación tremendamente compleja y difícil. El reconocimiento efectivo por parte de las legislaciones nacionales de los derechos exigidos por los pueblos indígenas en este sentido, implicaría, en muchos casos, una reestructuración del orden jurídico. Las legislaciones nacionales, para acomodarse a las exigencias de los pueblos indígenas en materias de tierras, tendrían, en algunos casos, que crear nuevas normas jurídicas; en otros tendrían que derogar disposiciones legales vigentes que afectan los derechos reclamados por los pueblos indígenas; en otros tendrían que aplicar efectivamente preceptos jurídicos vigentes pero cuya condición de "letra muerta", es decir, su inaplicación afectan estos mismos derechos; y, en otros, decidirse a aplicar instituciones jurídicas no muy apreciadas como sería el caso de la expropiación, para aquellos casos en que se decida reivindicar a los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales y que tradicionalmente ocuparan durante muchos años, pero que les han sido arrebatadas.

Swepston afirma que:

"nadie puede negar la justificación moral de otorgar a los pueblos indígenas la posesión permanente y garantizada de las tierras ocupadas por sus antepasados desde tiempo inmemorial. Nadie puede negar tampoco que esos pueblos han sido despojados hoy de casi todas sus tierras tradicionales. Pero, si bien es evidente la necesidad de proteger el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, también lo es que hay que exponer en un instrumento jurídico la forma de protegerlas, de resolver conflictos que tienen profundas raíces históricas, de determinar la tutelaridad de la propiedad de la tierra y los medios pertinentes para ello, y de reconocer a los pueblos indígenas derechos especiales que rebasan los que tienen ya reconocidos el resto de la población...".

Sigue explicando este autor que:

"en los textos que aprobaron la Conferencia de Organizaciones no Gubernamentales en 1977 [ya mencionada] y el Consejo Mundial de Iglesias en 1982 se hacen referencias frecuentes a los derechos a la tierra que tienen justificación en la historia. El derecho a la tierra puede ser reivindicado mediante recurso a la tradición o en virtud de un tratado. En esos textos se hace referencia a la devolución o restitución de la tierra a los pueblos indígenas. Desde el punto de vista jurídico, esas cuestiones son complejas, pues el régimen legal impuesto por la sociedad dominante ha anulado las tradiciones jurídicas pre-existentes y traído consigo la enajenación generalizada de las tierras pertenecientes a las comunidades indígenas. Es frecuente, incluso hoy, que se impugne en los tribunales de ciertos países la legitimidad de las medidas adoptadas por el Estado para derogar unilateralmente las obligaciones que contrajo con los indígenas en

virtud de los tratados que él mismo firmó antaño. En otros casos, los regímenes comunales de la propiedad de la tierra fueron abolidos por ley en el apogeo del liberalismo decimonónico, cuando el Estado nacional sólo reconocía el régimen de la propiedad privada. Por el contrario, con las reformas jurídicas del siglo XX ha vuelto a reconocerse la legalidad de las formas comunales de propiedad de la tierra de los pueblos indígenas, lo cual ha engendrado larguísimos pleitos. En ciertas ocasiones, las comunidades indígenas pueden demostrar la vigencia de su derecho original a la tierra, mientras que los colonos intrusos pueden a su vez reivindicar un título jurídico más reciente sobre esa misma tierra; en otras, los indígenas no pueden presentar título escrito alguno pero reivindicán la tierra basándose en el hecho de que fueron los primeros en ocuparla y la poseen desde tiempos inmemorables. Estas pretensiones están siendo tenidas en cuenta seriamente en los tribunales de ciertos países. Por último cabe mencionar la situación de millones de indígenas silvícolas - quienes viven en los sitios más apartados y son los menos protegidos -, que antes no sentían la necesidad de delimitar su territorio ni saben qué es un título de propiedad, pero cuya tierra está hoy gravemente amenazada, por las recientes invasiones, planes de colonización y grandes obras nacionales y multinacionales de ordenación rural". (Swepston, 1985: 131-132)

Swepston (1985) menciona una serie de medidas que cree necesarias para la protección de los derechos a la tierra y los recursos de los pueblos indígenas. Si bien el autor circunscribe estas medidas a la legislación internacional, son igualmente valideras para las legislaciones nacionales, y por ello consideramos adecuado señalarlas en este trabajo, parafraseando algunas y transcribiendo otras:

A. En materia de propiedad y usufructo de la tierra:

- Señala el autor que se ha reprochado a la legislación internacional (incluyamos la nacional) el no haberle atribuído preferencia a las normas que regulen la propiedad comunal de la tierra, a pesar de que es sabido que los pueblos indígenas prefieren casi exclusivamente esta forma de tenencia de la tierra y que la introducción de los regímenes de propiedad privada ha constituído, hasta la fecha, el principal factor de desmembración de los territorios indígenas. Debe, pues, insistirse en favorecer los regímenes comunales de propiedad y aprovechamiento de la tierra.
- Considera este autor que si bien es cierto que la diversidad de circunstancias de vida de los pueblos indígenas impide enunciar una regla general, hay que reconocer que se requieren, en general, dos tipos de protección: la de los pueblos indígenas contra la expropiación por obra de gobierno o individuos, y la de los indígenas contra la explotación por las personas que intentan timarlos al no estar aquellos en condiciones de servirse del sistema jurídico nacional, ya que ambos tipos de explotación han existido y siguen existiendo en muchas regiones del mundo.
- Observa Swepston que todo instrumento (añadamos nosotros, tanto nacional como internacional) debe ser lo bastante flexible como para resultar aplicable

en circunstancias muy diferentes. Por ejemplo, señala que sería irresponsable proponer que se dé a ciertas tribus indias aisladas del Brasil la propiedad irrestricta de las tierras que ocupan, y el derecho a enajenarlas libremente. Cada vez que, en una serie de países, se ha concedido así la propiedad, los pueblos indígenas han perdido inmediatamente sus tierras a causa de las presiones económicas o de los fraudes. Por el contrario, añade Swepston, cuando una comunidad tribal está en condiciones de administrar sus propios asuntos y defender sus intereses, conviene que el reconocimiento de la propiedad sea completo y sin restricciones.

- Afirma el autor que cuando sea imposible reconocer inmediatamente el pleno derecho de propiedad de los pueblos indígenas a las tierras que ocupan, se les debe reconocer el derecho de usufructo y ocupación permanentes, en espera de que les pueda reconocer la propiedad absoluta. Insiste en que exista también la posibilidad de una norma que permitiera restringir el pleno derecho de enajenación de las tierras que pertenezcan a los pueblos indígenas, en circunstancias apropiadas y por un tiempo limitado.

Para Swepston hay dos aspectos fundamentales en relación con este tema: la delimitación de las tierras, por un lado, y la restitución de tierras perdidas y adquisición de nuevas tierras, por el otro:

- (a) Delimitación de las tierras: Considera que todo gobierno de un país en el que vivan pueblos indígenas y tribales, debería proceder de inmediato a delimitar las tierras que han de asignárseles, cualesquiera que sean las modalidades jurídicas de dicha asignación. Ya en la legislación de muchos países está prevista la obligación de delimitar las tierras indígenas, pero no se le ha dado cumplimiento; en multitud de otros países ni siquiera se ha pensado seriamente en esta cuestión; sin embargo, será imposible asignar títulos de propiedad de la tierra, de no adoptarse tales medidas, y la población indígena y tribal se quedará sin protección.
- (b) Restitución de tierras perdidas y adquisición de nuevas tierras: Señala este autor que debería estipularse también que, cuando así proceda, han de restituirse a los pueblos indígenas o tribales las tierras que se les hubieren quitado en otros tiempos. En las Américas, las reivindicaciones de los pueblos indígenas de que se les restituyan sus antiguas tierras han sido moderadas. Pero eso no quita que sean muchos los pueblos indígenas y tribales que reivindican, en virtud de tratados o de la posesión desde tiempos inmemoriales, grandes extensiones de tierra que actualmente poseen u ocupan otros. Las normas internacionales deberían exigir de las autoridades públicas de los países en que viven esos pueblos, señala Swepston, que cuando menos examinen seriamente tales reivindicaciones con objeto de devolverse la parte de esos territorios que resulte necesaria para que sobrevivan ellos y sus culturas. Asimismo, es necesario que el Estado interesado recurra a medios precisos para velar porque se indemnice al grupo tribal u otra

comunidad afectada, cuando no sea posible devolverles la tierra. A este problema se añade el de que tales pueblos, especialmente los que son ya sedentarios, necesitan muchas veces adquirir nuevas tierras para poder conservar sus estructuras sociales y económicas.

- B. En materia de derechos al subsuelo y de los demás recursos naturales: Los pueblos indígenas reclaman que sus derechos a los recursos del subsuelo les sean reconocidos por las legislaciones nacionales y por la comunidad internacional, de la misma manera que sus derechos a la tierra y a otros recursos naturales.

Stavenhagen afirma que

“...los pueblos indígenas...se enfrentan a los gobiernos en lo relativo al control sobre la tierra, los bosques [y también] los recursos del subsuelo, y en algunos casos, los recursos acuíferos de ríos y mares así como los hielos del ártico”.

Añade este autor que

“Las actividades madereras y mineras han llegado a ser fuente de conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas en todas partes del mundo. Estos conflictos incluyen negociaciones con respecto a la distribución de beneficios y a la limitación de daños. Sin embargo, los gobiernos se niegan a desprenderse de lo que consideran su patrimonio nacional y que con frecuencia así aparece denominado en las leyes y constituciones” (Stavenhagen, 1989: 233).

En relación con este tema Swepston observa que las conferencias internacionales de las organizaciones no gubernamentales han recomendado que los pueblos indígenas tengan la propiedad y el goce irrestrictos de todos los recursos naturales que existan en sus tierras. Señala además que ya desde 1951 y 1954, la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena de la OIT insistía en que los pueblos indígenas deberían recibir una parte justa del producto de la explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Este autor no deja de reconocer lo complejo de la situación. Sostiene que

“Cuando la ley del país dispone que la propiedad de la tierra conlleva la propiedad de los minerales y otros recursos subterráneos, no existe ningún obstáculo jurídico que impida la concesión de tales derechos a los propietarios indígenas de la tierra, y se debe reafirmar este principio. Pero existen también regímenes jurídicos, en particular en América Latina, en que el Estado es dueño de todos los recursos del subsuelo, independientemente de quién sea el propietario de la tierra. Cuando los pueblos indígenas o tribales no tengan título de propiedad de la tierra - y también cuando se decida que no deben tenerla en propiedad irrestricta, debido al peligro de que otros se apoderen de ella de una manera fraudulenta -, habrá que buscar otras soluciones. Las normas internacionales deberían estipular, por lo menos, que los ocupantes de la tierra tengan derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de los minerales y de otras riquezas naturales, y a recibir una parte de los beneficios derivados de la explotación de esos recursos” (Swepston, 1985: 136-137). Señala este autor como precedentes interesantes el caso de pueblos

indígenas que tienen la copropiedad de recursos del subsuelo, por ejemplo, en Australia y en los Estados Unidos de América, en particular Alaska (Swepston, 1985: 136-137).

C. En materia de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan:

- Desde el punto de vista de las normas internacionales (Ver Convenio 107 de la OIT, Art. 12), se ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, el desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones (Art. 2.1).
- Asimismo, se ha reconocido que cuando el traslado fuere necesario, a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a las de las que ocupaban anteriormente y que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro; y que si los interesados prefieren recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas (Art. 12.2).
- Por otro lado se ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a una indemnización total en caso de que fueren trasladados de sus territorios habituales, por daño que hubieren sufrido como consecuencia de su desplazamiento (Art. 12.3).

Así pues, el principio general es que no debe trasladarse a los pueblos indígenas de sus territorios sin su libre consentimiento. Pero se reconocen excepciones a este principio general que, como ya vimos, pueden deberse a razones de seguridad nacional, al desarrollo económico del país, o bien por causas que afecten a la salud de dichos pueblos.

Ahora bien, como afirma Swepston,

“el problema es que resulta sumamente difícil ponerse de acuerdo sobre la importancia respectiva que ha de atribuirse a las necesidades de seguridad y el desarrollo, por un lado, y a los intereses de quienes van a ser trasladados, por el otro”.

Agrega que

“no faltan argumentos a los Estados para alegar razones de seguridad y de desarrollo nacional. Se puede ciertamente afirmar, cuando se trata de un país cuyas vastas regiones fronterizas se hallan habitadas, verbigracia, por poblaciones tribales silvícolas que sólo muy de cuando en cuando tienen contacto con la sociedad nacional, que dicho país debería estar habilitado para reforzar la seguridad de esas regiones creando en ellas asentamientos. Análogamente, un país debería poder explotar zonas ricas en recursos naturales, todavía no aprovechados, cuando sus zonas urbanas estén superpobaladas. Ahora bien, si en esas zonas viven pueblos indígenas o tribales, estos no tienen por qué pagar, como ha sucedido casi siempre, el precio de la seguridad nacional y del desarrollo nacional”.

“Un problema más inquietante todavía es que, en muchos casos, las razones de seguridad y desarrollo nacionales, son invocadas de manera abusiva. Con harta frecuencia, la decisión de abrir a la prospección minera o a la agricultura una zona habitada por pueblos indígenas viene determinada por los intereses de pequeños grupos de la sociedad. También en este caso, el precio lo paga esa población indefensa”.

Consecuentemente, para este autor,

“lo más importante hoy en día es que en todos los sitios en que haya pueblos indígenas amenazados que estén entrando en contacto con grupos del exterior se delimiten, registren y garanticen eficazmente extensiones de tierra que les permitan sobrevivir. Los indígenas silvícolas no reivindican toda la cuenca del Amazonas, ni los esquimales la totalidad del Ártico canadiense. Como lo señalan cada vez con mayor insistencia las instituciones internacionales responsables de la financiación de grandes obras de fomento de los recursos, es indispensable que esas obras no se lleven a cabo en zonas habitadas por pueblos indígenas hasta que se hayan tomado las medidas adecuadas para delimitar sus tierras. Habría que establecer garantías similares cuando se aleguen razones de seguridad nacional...”

En otros casos - y este fenómeno es nuevo -, afirma Swepston que ha ocurrido

“que se considere a los propios pueblos indígenas como una amenaza para la seguridad nacional, de modo que las expulsiones pueden producirse entonces no tanto para proteger la existencia de esos pueblos como para contrarrestar la presunta amenaza. Con frecuencia, la amenaza para la seguridad existe porque se ha negado a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad de sus tierras y recursos naturales y a la facultad de decidir la utilización que vaya a dárseles...”

Asimismo,

“hay que examinar también la cuestión de las sanciones en el caso de intrusiones ilícitas en las tierras indígenas. Varias organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos han señalado la gran violencia contra los pueblos indígenas que suele acompañar a tales intrusiones. Al referirse a la expulsión por la fuerza o la violencia de las tierras sobre las cuales las comunidades indígenas tienen un derecho de propiedad, Amnistía Internacional ha insistido en que la legislación protege menos a los pueblos indígenas que los demás sectores de la población, cuando, por el contrario, deberían recibir una protección superior en virtud de sus características comunitarias”.

En cuanto a la indemnización, debe establecerse claramente que “los pueblos indígenas tienen derecho a una indemnización completa en el caso de perder sus tierras tradicionales y a exigir ante los tribunales nacionales esa indemnización, del mismo que cualquier otro ciudadano cuyos derechos de propiedad hayan sido perjudicados por medidas de expropiación” (Swepston, 1985: 137-140).

## 2. Legislación internacional sobre la tierra, el territorio y los recursos

Trataremos este tema haciendo referencia sólo a los instrumentos jurídicos internacionales que abordan esta materia en relación específica con los pueblos indígenas; no mencionaremos, por tanto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otra serie de pactos y declaraciones internacionales, por no regular en forma específica estos derechos de los pueblos indígenas.

- A. Convenio No. 107 y la Recomendación (no obligatoria) No. 2 (1957) de la OIT sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes

En relación con la propiedad y el usufructo de la tierra; el Convenio 107 en su Art. 11, establece:

“... se deberá reconocer el derecho de propiedad colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

La Recomendación 104, establece:

“Se deberán adoptar medidas legislativas o administrativas para reglamentar las condiciones, de hecho o de derecho, en que las poblaciones en cuestión utilizan la tierra” (párrafo 2o).

“Se debería garantizar a las poblaciones en cuestión una reserva de tierras adecuada a las necesidades del cultivo trashumante, mientras no se pueda introducir un mejor sistema de cultivo”.

“Mientras no se alcance los objetivos de una política de asentamiento de los grupos seminómadas, se debería determinar áreas en las que esos grupos puedan pastorear su ganado libremente” (párrafo 3o).

En cuanto al derecho sobre el subsuelo y demás recursos naturales, el Convenio 107 no contiene ninguna disposición que se refiera específicamente a los derechos sobre el subsuelo y minas. Sin embargo, la Recomendación 104, sí establece que:

“Respecto a la propiedad de las riquezas del subsuelo o del derecho prioritario a su explotación, los miembros de las poblaciones en cuestión deberían gozar del mismo trato que los miembros de la colectividad nacional”.

En relación con el traslado de los pueblos indígenas de los territorios que ocupan, el Art. 12 del Convenio 107, establece:

- “1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a las que ocupaban anteriormente y que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.
3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

Con respecto al derecho de transmisión y utilización de la tierra (regulado en el Art. 13 del Convenio 107 y párrafos 6 y 7 de la Recomendación 104), en el párrafo 1 del Art. 13 del Convenio establece:

“Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social”.

#### B. Convenio No. 169 de la OIT (1989)

Recordaremos que el Convenio 169 es una revisión al Convenio 107, dada la antigüedad de este último y como una respuesta a las críticas hechas a dicho Convenio, a la cual nos referimos a continuación, en la medida de lo posible.

El convenio No. 169 regula el tema relativo a los derechos a la tierra, territorios y recursos en la Parte II, de la siguiente forma:

- Importancia especial de las tierras y territorios para los pueblos indígenas; derecho de propiedad y de posesión; delimitación y reivindicación de tierras (Arts. 13 y 14).
- Recursos naturales (Art. 15).
- Traslado de los pueblos indígenas de su territorio (Art. 16).
- Transmisión de los derechos sobre la tierra (Art. 17)
- Sanción contra la intrusión no autorizada a tierras de los pueblos indígenas (Art. 18).
- Programas agrarios nacionales (Art. 19).

Analicémoslo detenidamente:

- a) El Artículo 13 establece:

“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 esta 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.”

En primer lugar, esta disposición no es más que el reconocimiento, a través de una norma jurídica internacional, de la petición de los pueblos indígenas de que “la relación especial entre los pueblos indígenas con sus tierras debiera ser comprendida y reconocida como un factor básico para sus creencias, tradiciones y cultura” (ver la recomendación a) de la Conferencia Internacional de las Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas en las Américas, apartado del presente trabajo); es decir, el reconocimiento del derecho de territorialidad étnica como sustento material y simbólico de cada grupo. Recuérdese que esta relación especial de los pueblos indígenas con las tierras y territorio ya fue objeto de análisis al inicio de este tema.

En segundo lugar, los pueblos indígenas siempre han reclamado, en general, y específicamente en contra del Convenio 107, el no dar prioridad a las normas que regulen la propiedad comunal de la tierra, no obstante que es sabido que los pueblos indígenas prefieren la propiedad comunal a la individual.

Esta circunstancia también ha sido reconocida por el Convenio 169 al decir: “... y en particular los aspectos colectivos de esa relación” dando así la pauta para que los Estados que rectifiquen el Convenio, el elaborar o reestructurar su legislación nacional en relación con esta materia, creen las normas jurídicas teniendo muy presente los aspectos colectivos de la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios.

El artículo 14 establece:

“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 decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”

En cuanto al numeral 1. de este artículo, esta disposición no varía mucho de la contenida en el Convenio 107 y las medidas señaladas en la Recomendación 104, salvo en el insistir en el derecho de estos pueblos “a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso...”

En cuanto al numeral 2., en el presente trabajo ya hemos hablado de la necesidad de delimitar las tierras que es a lo que se refiere el Convenio con el término *determinar*, como una garantía de protección al derecho de estos pueblos a sus tierras. Las medidas establecidas en la Recomendación 104 ya insinuaban esto al indicar que se debería garantizar “una reserva de tierras adecuada”, aunque sólo se refería a las necesidades del cultivo trashumante.

La delimitación de las tierras de los pueblos indígenas es una imperiosa necesidad, pues de lo contrario no pueden expedirse los títulos de propiedad de la tierra, cuya ausencia coloca a los pueblos indígenas, como ha venido ocurriendo hasta ahora, en una situación desprotegida.

En cuanto a la parte de este numeral 2. del Art. 14, que establece que “los gobiernos deberán... garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” a los pueblos indígenas, podemos hacer las siguientes reflexiones: en primer lugar, el Convenio 107 y la Recomendación 104 no imponían esta obligación a los gobiernos, lo cual es, pues, un avance; en segundo lugar, va a resultar particularmente difícil exigir a los Estados el cumplimiento de esta obligación y el acoplamiento de su legislación nacional a la misma, toda vez que, en muchos casos, son los propios Estados quienes atentan contra este derecho de los pueblos indígenas, argumentando razones de desarrollo nacional o regional, etc. Aparte de esta dificultad cabe plantearse la pregunta de qué medidas concretas podrían tomar los Estados para garantizar, en forma efectiva, el derecho de propiedad y de posesión a los pueblos indígenas; en algunas legislaciones se ha optado por decretar la inalienabilidad e inembargabilidad de dichas tierras, para evitar que los indígenas pierdan sus tierras por presiones económicas o de otra índole, entre las que no podemos descartar la simple y llana coerción, ya sea de particulares o de funcionarios públicos; otras han establecido que la venta de tierras de los indígenas no podrá hacerse sino a otro indígena de la comunidad, etc.

En cuanto al numeral 3. de este artículo, podemos señalar lo siguiente: el tema de la reivindicación o restitución de tierras a los indígenas es probablemente uno de los más espinosos de esta temática. No es de extrañar que el Convenio 107 no se haya atrevido a mencionarlo o abordarlo. El Convenio 169 lo hace pero de una manera bastante general, sin dar ningún tipo de parámetro que permita precisar si dichas reivindicaciones procederán sólo para aquellos pueblos indígenas que hubieren celebrado un tratado con el Estado, como es el caso de ciertas tribus indígenas estadounidenses, o bien, por el sólo hecho de que sus antepasados y ellos mismos hayan habitado tradicionalmente esas tierras, que posteriormente les fueron arrebatadas.

Decimos que este es un tema sumamente espinoso, pues el darle o reivindicarle a los indígenas sus tierras, implica necesariamente quitárselas a otros. La expropiación es, por supuesto, uno de los primeros instrumentos que vienen a la mente. Aquí hay dos cosas que considerar: la argumentación de todo aquel que sea expropiado, aún y cuando a cambio reciba una indemnización, de que no fué él quien despojó a los indígenas de sus tierras, que el adquirió esa tierra de buena fe de un no indígena, y éste a su vez igual, es decir, que dichas tierras han estado en manos de no indígenas desde hace cien, doscientos o más años. ¿Habrá que fijar un límite de años para los efectos de la reivindicación? Aparte de ello, existe otro problema: si los Estados deciden expropiar para reivindicar a los indígenas sus tierras, tienen que pagar una indemnización por dicha expropiación, pues de lo contrario sería despojo y si bien es cierto que, al menos en América, las demandas de los pueblos indígenas en este sentido han sido moderadas, hay pueblos indígenas en el mundo que están reclamando la reivindicación de grandes extensiones de tierra. El monto que en concepto de indemnización por expropiación que los Estados tendrían que pagar podrían ascender a cantidades astronómicas; bajo estas condiciones ¿estarán los Estados dispuestos a reivindicar sus tierras a los pueblos indígenas?

b) En cuanto a los recursos naturales, el artículo 15 establece:

#### “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

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 decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados."

En cuanto al numeral 1. de este artículo, esta disposición no varía mucho de la contenida en el Convenio 107 y las medidas señaladas en la Recomendación 104, salvo en el insistir en el derecho de estos pueblos "a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso..."

En cuanto al numeral 2., en el presente trabajo ya hemos hablado de la necesidad de delimitar las tierras que es a lo que se refiere el Convenio con el término *determinar*, como una garantía de protección al derecho de estos pueblos a sus tierras. Las medidas establecidas en la Recomendación 104 ya insinuaban esto al indicar que se debería garantizar "una reserva de tierras adecuada", aunque sólo se refería a las necesidades del cultivo trashumante.

La delimitación de las tierras de los pueblos indígenas es una imperiosa necesidad, pues de lo contrario no pueden expedirse los títulos de propiedad de la tierra, cuya ausencia coloca a los pueblos indígenas, como ha venido ocurriendo hasta ahora, en una situación desprotegida.

En cuanto a la parte de este numeral 2. del Art. 14, que establece que "los gobiernos deberán... garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" a los pueblos indígenas, podemos hacer las siguientes reflexiones: en primer lugar, el Convenio 107 y la Recomendación 104 no imponían esta obligación a los gobiernos, lo cual es, pues, un avance; en segundo lugar, va a resultar particularmente difícil exigir a los Estados el cumplimiento de esta obligación y el acoplamiento de su legislación nacional a la misma, toda vez que, en muchos casos, son los propios Estados quienes atentan contra este derecho de los pueblos indígenas, argumentando razones de desarrollo nacional o regional, etc. Aparte de esta dificultad cabe plantearse la pregunta de qué medidas concretas podrían tomar los Estados para garantizar, en forma efectiva, el derecho de propiedad y de posesión a los pueblos indígenas; en algunas legislaciones se ha optado por decretar la inalienabilidad e inembargabilidad de dichas tierras, para evitar que los indígenas pierdan sus tierras por presiones económicas o de otra índole, entre las que no podemos descartar la simple y llana coerción, ya sea de particulares o de funcionarios públicos; otras han establecido que la venta de tierras de los indígenas no podrá hacerse sino a otro indígena de la comunidad, etc.

En cuanto al numeral 3. de este artículo, podemos señalar lo siguiente: el tema de la reivindicación o restitución de tierras a los indígenas es probablemente uno de los más espinosos de esta temática. No es de extrañar que el Convenio 107 no se haya atrevido a mencionarlo o abordarlo. El Convenio 169 lo hace pero de una manera bastante general, sin dar ningún tipo de parámetro que permita precisar si dichas reivindicaciones procederán sólo para aquellos pueblos indígenas que hubieren celebrado un tratado con el Estado, como es el caso de ciertas tribus indígenas estadounidenses, o bien, por el sólo hecho de que sus antepasados y ellos mismos hayan habitado tradicionalmente esas tierras, que posteriormente les fueron arrebatadas.

Decimos que este es un tema sumamente espinoso, pues el darle o reivindicarle a los indígenas sus tierras, implica necesariamente quitárselas a otros. La expropiación es, por supuesto, uno de los primeros instrumentos que vienen a la mente. Aquí hay dos cosas que considerar: la argumentación de todo aquel que sea expropiado, aún y cuando a cambio reciba una indemnización, de que no fué él quien despojó a los indígenas de sus tierras, que el adquirió esa tierra de buena fe de un no indígena, y éste a su vez igual, es decir, que dichas tierras han estado en manos de no indígenas desde hace cien, doscientos o más años. ¿Habrá que fijar un límite de años para los efectos de la reivindicación? Aparte de ello, existe otro problema: si los Estados deciden expropiar para reivindicar a los indígenas sus tierras, tienen que pagar una indemnización por dicha expropiación, pues de lo contrario sería despojo y si bien es cierto que, al menos en América, las demandas de los pueblos indígenas en este sentido han sido moderadas, hay pueblos indígenas en el mundo que están reclamando la reivindicación de grandes extensiones de tierra. El monto que en concepto de indemnización por expropiación que los Estados tendrían que pagar podrían ascender a cantidades astronómicas; bajo estas condiciones ¿estarán los Estados dispuestos a reivindicar sus tierras a los pueblos indígenas?

b) En cuanto a los recursos naturales, el artículo 15 establece:

#### “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.”

El Convenio 107 no reguló lo relativo al derecho de los pueblos indígenas sobre el subsuelo y demás recursos naturales, sin embargo la Recomendación 104 sí abordó el tema establecido: “respecto a la propiedad de las riquezas del subsuelo o del derecho prioritario a su explotación, los miembros de las poblaciones en cuestión deberían gozar del mismo trato que los otros miembros de la colectividad nacional”. Pero recordaremos que el cumplimiento de la Recomendación 104 no era obligatoria para los Estados.

Así pues, resulta todo un avance esta disposición del Art. 15 que analizamos en el sentido de que se encuentra inserta ya en el Convenio 169 adquiriendo el rango de norma jurídica de derecho internacional y ya no de simple recomendación. Asimismo, hay un avance considerable incluso en relación con lo estipulado por la Recomendación 104, pues esta establece, como ya vimos, que en relación con este derecho las poblaciones en cuestión deberán gozar “del mismo trato que los otros miembros de la colectividad nacional”, en cambio, el Convenio 169 avanza en el sentido de, incluso dar un trato “preferente” a los pueblos indígenas en esta materia, y a lo cual nos referiremos más adelante.

En cuanto al numeral 1. de este artículo, nótese el reconocimiento a la protección especial que debe darse a los recursos naturales que existen en las tierras de estos pueblos, y la especificación de que los derechos sobre estos recursos naturales comprenden:

- La participación en su utilización (obsérvese que se habla de “participar” y no de utilización exclusiva).
- Su administración, lo que es realmente un avance; piénsese en las consecuencias que esto puede tener también para el derecho de estos pueblos de asumir con autonomía el timón de su propio desarrollo económico.
- La conservación de dichos recursos, lo cual abre la puerta a una serie de posibilidades para estos grupos indígenas en cuanto a poder oponerse a la acción ya sea del Estado o de empresas particulares, que quisieran explotar dicho recursos argumentando razones de desarrollo nacional o regional. De conformidad con esta norma, los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar sus recursos naturales y, consecuentemente, de oponerse a todo aquello que atente contra la conservación de los mismos.

En cuanto al numeral 2. del artículo que analizamos, podemos señalar lo siguiente:

- En el desarrollo del presente capítulo ya hicimos referencia al problema que, en relación con los derechos de los pueblos indígenas sobre el subsuelo y recursos naturales, se presenta en aquellas legislaciones que, como sucede en la mayoría de países de América Latina, se establece que el Estado es dueño de todos los recursos del subsuelo, independientemente de quién sea el propietario de la tierra.

Precisamente a tratar de resolver este problema se dedica el numeral 2 de este Art. 15, al establecer en favor de los pueblos indígenas que se encuentren en esta situación derechos de: consulta previa, participación en los beneficios y a recibir una indemnización equitativa en caso de que se cause algún daño. Por ello afirmábamos con anterioridad que el Convenio 169 da un tratamiento preferente a los pueblos indígenas en esta materia, pues el resto de ciudadanos no gozan de este tipo de derechos cuando del subsuelo y recursos minerales se trata.

Nótese que la consulta a los pueblos interesados con el objeto de determinar si sus intereses serán perjudicados, y en qué medida, debe hacerse antes de autorizar cualquier programa de propección o explotación.

- Asimismo, se establece en favor de los pueblos indígenas el particular “siempre que sea posible” en los beneficios que reporten dichas actividades y el derecho a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

c) El artículo 16 establece:

#### “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 concedérsele 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.”

Este artículo trata dos temas fundamentales:

- El derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados de las tierras que ocupan, salvo excepcionalmente;
- El derecho de retorno o regreso a sus tierras tradicionales cuando desaparezcan las causas que hubieren dado lugar a su traslado y reubicación.

Analicémoslo:

En cuanto al traslado de los pueblos indígenas, numerales 1 y 2 del Art. 16, podemos señalar lo siguiente:

- Reconoce, al igual que el Convenio 107, como principio general, que los pueblos indígenas no deben trasladarse de las tierras que ocupan. Encontramos una diferencia en que el Convenio 107 señalaba como excepciones a este principio general “... salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones”. En el desarrollo del presente capítulo ya tuvimos oportunidad de referirnos al mal uso y abuso que se dió por parte de los Estados a estas excepciones al no traslado. El Convenio 169, si bien acepta que excepcionalmente pueda darse el traslado, deja de mencionar las excepciones señaladas por el Convenio 107; sin embargo, no las prohíbe expresamente.

Ahora bien, en el caso de que deba realizarse el traslado, que sólo debe hacerse excepcionalmente, el Convenio 169 señala ciertos requisitos, unos ya contemplados por el Convenio 107, otros nuevos:

- El traslado y la reubicación sólo pueden darse con el consentimiento del pueblo indígena de que se trate. Dicho consentimiento debe hacerse bajo las siguientes condiciones: debe ser dado libremente, lo que ya mencionaba el Convenio 107; y debe darse con pleno conocimiento de causa, lo que no estaba señalado en el Convenio 107.

El Convenio 169 prevé la posibilidad de que no pueda obtenerse el consentimiento requerido y en tal caso señala que el traslado y reubicación sólo podrán tener lugar una vez efectuados procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluídas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan

la posibilidad de estar efectivamente representados, lo que no estaba contemplado por el Convenio 107.

Por otra parte se reconoce el principio general de que los pueblos que hubieran sido trasladados de sus tierras tienen el derecho de regresar a las mismas cuando dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación, lo que tampoco estaba contemplado en el Convenio 107.

Ahora bien, cuando el retorno o regreso de estos pueblos a sus tierras no sea posible, éstos deberán recibir tierras cuya (1) calidad y (2) estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que antes ocupaban y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Si el pueblo afectado no quiere recibir estas nuevas tierras, pueden optar por recibir una indemnización en dinero o en especie, la cual deberá concedérseles con las garantías apropiadas.

Aparte, los pueblos indígenas, en este caso, tienen derecho a otra indemnización, ésta ya no por sus tierras, sino por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

d) El artículo 17 del Convenio establece:

“Artículo 17

1. Las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos, deberán respetarse.
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 costumbre 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.”

Debe prestársele mucha atención al numeral 3. de este artículo pues, efectivamente, el desconocimiento de las leyes por parte de los miembros de los pueblos indígenas ha ocasionado que sufran la pérdida de la propiedad, posesión o uso de sus tierras.

Así pues, los Estados que ratifiquen este Convenio deberán poner especial cuidado y crear los procedimientos necesarios para que cuando los pueblos indígenas transmitan los derechos sobre sus tierras, lo hagan con pleno conocimiento de causa.

e) El artículo 18 establece:

“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.

En el desarrollo del presente capítulo ya tuvimos oportunidad de señalar el grave problema de la ausencia de sanciones contra las intrusiones no autorizadas en las tierras de los pueblos indígenas y las graves consecuencias que ello acarrea. Esta disposición del Convenio 169 trata, precisamente, de poner remedio a esta situación al obligar a los gobiernos a que tomen las medidas necesarias para impedir tales intrusiones.

f) El artículo 19 establece:

“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.”

En conclusión, como podemos apreciar, el Convenio 169 contiene algunos avances en cuanto a la protección del derecho de los pueblos indígenas en relación con el tema que tratamos.

### C. Declaración de San José (1981)

Para terminar, aunque no se trate de un pacto o convenio internacional con carácter vinculante para los Estados, sino sólo de una declaración, no quisiéramos dejar de mencionar la “Declaración de San José sobre el Etnocidio y Etnodesarrollo” (1981) que, en relación con el derecho a la tierra, territorio y recursos de los pueblos indígenas señala:

“La tierra [para los indígenas] no es sólo un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto que entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión” (numeral 6).

“Estos pueblos indios tienen derecho natural e inalienable a los territorios que poseen y a reivindicar las tierras de las cuales han sido despojados. Lo anterior implica el derecho al patrimonio natural y cultural que el territorio contiene y a determinar libremente su uso y aprovechamiento” (numeral 7).

---

**LENGUA,  
EDUCACIÓN Y CULTURA**

---



## 1. Importancia de la lengua, la educación y la cultura

El derecho de los pueblos indígenas a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua; el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar y transmitir su patrimonio cultural, que de conformidad con la Declaración de San José sobre el Etnocidio y Etnodesarrollo (1981), a la que en adelante denominaremos sólo la Declaración de San José, incluye su filosofía de la vida y sus experiencias, conocimientos y logros acumulados históricamente en las esferas culturales, sociales, políticas, jurídicas, etc.; en suma, el derecho de los pueblos indígenas al respeto de su identidad cultural ha sido otro conjunto de derechos de los pueblos indígenas tradicionalmente violados o no reconocidos, especialmente por las legislaciones nacionales.

Los pueblos indígenas han reclamado y reclaman en la actualidad, con mayor vigor, el reconocimiento de estos derechos y la garantía efectiva en el disfrute de los mismos por parte del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

La tradicional violación a estos derechos de los pueblos indígenas es lo que se ha denominado etnocidio, es decir, el genocidio cultural. De conformidad con la Declaración de San José, el etnocidio significa que "a un grupo étnico, colectiva o individualmente; se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua". Algunos, como por ejemplo los participantes en la elaboración de la Declaración a la que nos referimos, consideran que el etnocidio es un delito de derecho internacional al igual que el genocidio.

Según los participantes en la elaboración de esta declaración, para contrarrestar el etnocidio es necesario el "establecimiento y la aplicación de políticas tendientes a garantizar a los grupos étnicos el libre ejercicio de su propia cultura", es decir, el etnodesarrollo.

Obviamente, a tenor de esta Declaración, el término etnodesarrollo abarca mucho más que los aspectos lingüísticos y educativos; sin embargo, para el desarrollo del presente capítulo nos circunscribiremos únicamente a ellos.

Como afirma Stavenhagen,

"una lengua es básicamente un medio de comunicación, pero es mucho más que eso. Las lenguas constituyen una parte integral de toda cultura; por medio de su lengua, un grupo expresa su propia cultura, su propia identidad social; las lenguas están vinculadas a procesos mentales y a la forma en que los miembros de determinada comunidad lingüística perciben la naturaleza, el universo y la sociedad. Las lenguas expresan patrones culturales y relaciones sociales y a su vez ayudan a moldear estos patrones y relaciones".

Además, agrega este autor,

“las lenguas son vehículos de expresión literaria y poética, son los instrumentos mediante los cuales una comunidad comparte y transmite de generación a generación, su historia oral, sus mitos y sus creencias” (Stavenhager, 1989: 236).

Con base en lo anterior, no es difícil imaginar por qué el no reconocimiento a los pueblos indígenas de su derecho a usar, transmitir y expresar su lengua se califica de etnocidio. Una cultura sin lengua no es cultura, es cultura muerta.

En el marco del Estado-Nación, las lenguas indígenas han sufrido no sólo de una actitud pasiva entendida en el sentido del no reconocimiento de dichas lenguas por la ley, sino, lo que es peor, han tenido que sufrir los embates de políticas bastante activas cuyo propósito ha sido el de eliminar consistentemente las lenguas indígenas, mediante la implementación de políticas integracionistas o asimilacionistas que, portando el estandarte de una supuesta identidad cultural nacional, consideran que uno de los medios idóneos para alcanzarla es la eliminación de estas lenguas que atentan contra la unidad monolítica de esa pretendida identidad cultural nacional.

Consecuentemente, en muchos países no existe un reconocimiento legal de las lenguas indígenas; muchos de ellos reconocen expresamente al español como idioma oficial, por lo que en los tribunales de justicia y en todo el aparato administrativo sólo se emplea esta lengua.

En materia educativa, las lenguas indígenas no se han enseñado en las escuelas y la “preparación de programas educativos se realiza con base en la cultura nacional predominante, y la circunstancia de que muchas lenguas indígenas sean ágrafas obstaculiza aún más la preparación de materiales educativos y textos de estudio para las comunidades” (Stavenhagen, 1989: 94).

En el estudio presentado por el Relator Especial de la ONU, Martínez Cobos, se señala que:

“Las políticas que se venían siguiendo en numerosos Estados estaban basadas en suposiciones consistentes en que las poblaciones, las culturas y las lenguas indígenas desaparecerían por extinción natural o por la absorción de estos núcleos humanos en los demás segmentos de la población y en la cultura nacional. Hoy se cree que estas políticas, que han prevalecido a veces durante varios siglos no parecen haber estado bien fundadas, a juzgar por los hechos... Se ha cuestionado y rechazado seriamente la escolarización pública orientada a la desindigenización y las políticas de marginación, relegación y eliminación de las lenguas indígenas que han seguido la mayoría de Estados, habiéndolas heredado frecuentemente del período colonial del país”. (Martínez Cobos, 1987: 121)

Stavenhagen señala que la

“sobrevivencia de las lenguas indígenas y tribales depende en gran medida, por supuesto, de las políticas culturales y educativas de los gobiernos... en algunos países las organizaciones indígenas y a veces los gobiernos simpatizantes están experimentando con nuevas políticas lingüísticas y educativas que toman en consideración las demandas indígenas. Una premisa básica de estas nuevas escuelas es la enseñanza de las lenguas vernáculas, las lenguas maternas. Para alcanzar este objetivo, muchas de las lenguas indígenas deben ser provistas con alfabetos; han de prepararse materiales didácticos en las lenguas vernáculas; deben capacitarse maestros, con frecuencia de las mismas comunidades indígenas. Esto constituye un proceso largo y complejo, y actualmente los méritos relativos de uno u otro sistema educativo son objeto de debate entre educadores y funcionarios de gobierno”.

Añade este autor, que

“en la mayoría de países en los que se acepta la escolarización en lenguas indígenas, la norma tiende a ser la educación bilingüe. Se enseña la lengua indígena junto con la lengua oficial o nacional. La mezcla pedagógica de estos diversos idiomas depende de condiciones locales. Algunos autores consideran que la escolarización formal en lengua indígena constituye simplemente un paso hacia la apropiación de la lengua oficial o nacional. Otros la consideran como un fin en sí mismo, que es lo que reclaman precisamente los pueblos indígenas. En la mayoría de los casos la enseñanza de las lenguas indígenas se lleva a cabo solamente en los primeros niveles de la educación primaria. En otros, cubre también los niveles secundario y técnico”.

Otro problema más complicado es

“Cómo lograr que la escolarización bilingüe sea también verdaderamente bicultural o intercultural... los niños en las escuelas indígenas deben aprender sus propias culturas, aparte de lo que aprendan de la sociedad total. Esto presenta tareas formidables a los planificadores de la educación en cuanto a desarrollo curricular, preparación de textos y de materiales audiovisuales, etc. Los indígenas han estado reclamando el derecho de establecer y controlar sus propias instituciones educativas, lo que significa controlar sus propios currículos y contenidos educativos. Esto se ha conseguido en algunos países y se cuenta ya con experimentos educativos interesantes”.

Otros ejemplos de persecución y discriminación en contra de las culturas indígenas son los siguientes:

- A. Prohibir las prácticas religiosas indígenas, conversiones forzadas, tomar niños de familias indígenas y colocarlos en escuelas religiosas.
- B. Prohibir o desaconsejar el uso de nombres y vestimenta tradicionales.

- C. Profanación de sitios sagrados y entierros; la destrucción de los sitios sagrados corre frecuentemente a cargo de quienes quieren realizar proyectos de desarrollo, de actividades militares, saqueadores de tumbas y buscadores de tesoros.
- D. La explotación de las expresiones artísticas (artesanía, danzas, ceremonias, música, etc.) para fines turísticos, sin importar la autenticidad y la preservación cultural, contribuyendo así a lo que muchos observadores han llamado la prostitución y degeneración de las culturas indígenas.

Otros dos aspectos que, de conformidad con Stavenhagen, son fundamentales en el análisis de la presente temática, son los siguientes:

- A. "El primero se refiere al proceso de cambio, adaptación y reinterpretación de las culturas. Las culturas indígenas y tribales no son estáticas y no deberían diseñarse políticas culturales protectivas que tiendan a mantenerlas, por así decirlo, como piezas de museo; una acusación que con frecuencia se hace a aquellos que exigen la protección de las culturas indígenas. La solución a este problema es que los pueblos indígenas y tribales deberán tener la libertad de manejar sus propios asuntos culturales y desarrollar su propio potencial cultural con la ayuda, pero sin la interferencia, del Estado...".
- B. "El otro problema básico... es que ciertas tradiciones y costumbres de las culturas indígenas son consideradas por observadores externos (principalmente occidentales) como violatorias de los derechos humanos individuales universales (por ejemplo, la mutilación sexual ritual de niñas y adolescentes, la inferioridad formal y social de las mujeres). ¿Cuál tiene prioridad: el derecho colectivo a la identidad cultural o el derecho humano individual universal a la libertad y la igualdad? Esta cuestión aún no ha sido resuelta de manera satisfactoria".

El primer paso es el reconocimiento de los Estados, integrados minoritaria o mayoritariamente por indígenas, de que efectivamente son Estados multiétnicos, multilingües y multiculturales. Dado este primer paso, resulta menos complicado implementar las medidas necesarias para no sólo reconocer sino ayudar a desarrollar las distintas lenguas y culturas que puedan coexistir dentro de un mismo Estado.

En este sentido, el estudio del Relator Especial de la ONU, Martínez Cobos, señala:

"En las sociedades multiétnicas se debe actuar siempre según criterios que, en principio al menos, afirmen la igualdad de derechos culturales entre los diferentes grupos étnicos. El Estado tiene la evidente obligación de formular y de poner en práctica una política cultural que, entre otras cosas, cree las condiciones necesarias para la coexistencia y el desarrollo armónico de los diferentes grupos étnicos que vivan en su territorio, ya sea en virtud de disposiciones pluralistas que garanticen la no injerencia de un grupo en otro, ya sea en virtud de otros programas que garanticen oportunidades iguales y reales para todos" (Martínez Cobos, 1987: párrafo 134).

En algunos países de América Latina, en los últimos años, los gobiernos han empezado a tomar medidas e implementar políticas tendientes al reconocimiento y protección de

los derechos de los pueblos indígenas a la lengua, educación y cultura. Lo mismo está empezando a suceder a nivel internacional, por ejemplo con el Convenio 169 de la OIT.

## 2. Legislación Internacional sobre la lengua, la educación y la cultura

### 2.1 Convenio No. 107 (1957)

De acuerdo con su preámbulo, este Convenio aspiraba a “la protección de las poblaciones afectadas, a su integración progresiva en sus respectivas comunidades nacionales, y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”. El Art. 2 de este Convenio excluía de la política de integración nacional “las medidas tendientes a la asimilación artificial de esas poblaciones” (Art. 2c), y excluía también a la fuerza o la coerción como un medio de promover la integración.

Así pues, el principio general que privaba en este Convenio era la aculturación de los pueblos indígenas y su absorción por parte de la identidad cultural nacional. Lo único a lo que se oponía era a que esa aculturación se diese en forma artificial o mediante la coerción o la fuerza.

Cabe señalar que la teoría integracionista o asimilacionista era la que estaba en boga en ese tiempo, no sólo entre los expertos y los Estados, sino entre las mismas organizaciones indígenas.

Cuando decidió revisarse el Convenio 107, algunos expertos convocados por la OIT para tal efecto manifestaron al respecto los siguientes puntos de vista: T. Sidibé, Director of the Office's International Labour Standards Department, señaló que “ha habido un consistente movimiento a nivel mundial de distanciarse de la noción de integracionismo” al tiempo que los gobiernos están “cada vez más proclives a reconocer la ‘autodeterminación’ de los indígenas” y el derecho de estos pueblos “a tomar sus propias decisiones en cuanto al grado en que deben ser integrados”. Yllanes Ramos, de México, señaló que “no obstante que originalmente la ‘integración’ fue propuesta sin malicia, para asegurar la sobrevivencia de estas comunidades, dicho término pasó luego a ser asociado con ‘destrucción y absorción’, o incluso, en las palabras del observador de la UNESCO, Pierre Condé, ‘con el etnocidio que es una gravísima violación a los derechos humanos’” (Barsh, 1987: 759).

Si bien el propósito del Convenio 107 era la protección de los pueblos indígenas y tribales y asegurar su sobrevivencia, creyéndose que su integración progresiva a la comunidad nacional era el medio adecuado para lograrlo; sin embargo, con los años y en la práctica lo que sucedió fue que estos pueblos se vieran sometidos a “presiones sin precedente que amenazan su identidad cultural e incluso su misma existencia”, como señaló S.K. Jain, Subdirector de la Oficina Internacional del Trabajo (Barsh, 1987: 758).

Así pues, conforme a lo señalado frecuentemente por voceros de organizaciones indígenas y especialistas, los instrumentos de 1957 (el Convenio 107 y la Recomendación 104, que no es obligatoria) ya no reflejan los puntos de vista de las partes interesadas. Hace tres décadas la tendencia prevaleciente era integracionista; hoy, a consecuencia de un cambio radical de actitudes, la orientación está basada en el “respeto por las identidades y culturas de esos pueblos, siendo su integración no más que una cuestión de elección (Lerner, 1991: 140).

Las disposiciones del Convenio 107 respecto a la identidad cultural resultan, a veces, en sí mismas contradictorias. Por ejemplo, el Art. 7 establece que “las respectivas poblaciones podrán conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con el sistema legal nacional o con los objetivos de los programas de integración”; esto, por supuesto, prácticamente anulaba el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales.

En materia de lengua y educación este Convenio estipulaba que los programas de educación deberán adaptarse al grado de integración social, económica y cultural de las poblaciones en la comunidad nacional (Art. 23). Deberá enseñarse a los niños de las poblaciones indígenas a leer y escribir en su propia lengua indígena, y deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas. La transición de lengua materna o vernácula a los idiomas nacionales u oficiales del país deberá efectuarse en forma progresiva (Art. 23). El Art. 25 insta a adoptar medidas de carácter educativo con el objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tenerse con respecto a las poblaciones indígenas.

## 2.2 Convenio 169 (1989)

El Convenio 169 es una respuesta a las críticas hechas al Convenio 107 en materia de respeto a la identidad cultural, a la educación, a la lengua y a otros aspectos.

Los cambios en el preámbulo del Convenio son indicativos de esta nueva orientación; así, por ejemplo, se considera que “... la situación de los pueblos indígenas en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación...”; se reconocen “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, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”; se recuerda “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”.

Asimismo, en el Art. 4.1 se establece que “deberán tomarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los posibles interesados”. El Art. 5, por su parte, dispone

que al aplicarse las disposiciones del Convenio: "a) deben reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos...".

El Convenio 169 dedica su Parte IV a la educación y medios de comunicación. El Art. 26 establece:

#### "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."

Nótese que se señala que a todos los niveles, lo que es muy importante pues si bien la educación de los miembros de los pueblos indígenas ha dejado mucho qué desear a todos los niveles en la mayoría de países, lo cierto es que a nivel universitario ha sido casi totalmente deficiente. En este sentido cabe señalar una de las Recomendaciones del Octavo Congreso Indigenista Interamericano, realizado en Mérida, México en 1980, que "propone la creación de una Universidad Indígena en América con el propósito de alentar la creación del personal adecuado en varios niveles y categorías, con una nueva visión que le permitiera al indígena rescatar su espiritualidad, su humanismo, de tal suerte que pueda realizar aportes a la cultura universal" (Stavenhagen, 1988: 115).

En cuanto a la educación, el Convenio establece en el Art. 27 los parámetros fundamentales:

##### "Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos últimos 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."

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas a usar, transmitir y preservar sus lenguas, el Convenio en su Art. 28 establece:

“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.”

Un objetivo muy importante en la educación de los pueblos indígenas es el señalado en el Art. 29 del Convenio:

“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.”

Por su parte, el Art. 30 del Convenio establece:

“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.”

En cuanto a las medidas de carácter educativo tendientes a eliminar los prejuicios en contra de los pueblos indígenas, el Art. 31 del Convenio establece:

“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.”

Por último no puede dejar de señalarse el Art. 32 del Convenio, que es un reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas a la cooperación transnacional:

“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.”

### **2.3 Proyecto de la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas**

Se espera que la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas sea aprobada, a más tardar, en 1995; la Declaración establece, en relación con el derecho de los pueblos indígenas a la lengua, la educación y la cultura, lo siguiente:

- A. “9. El derecho a mantener y utilizar sus propios idiomas, inclusive a los fines administrativos, judiciales y otros fines pertinentes”.
- B. “10. El derecho a todas las formas de educación, inclusive, en particular, el derecho de los niños a tener acceso a la educación en sus propios idiomas, y a establecer sus propios sistemas e instituciones educacionales”.

En conclusión, el análisis del Convenio 169 del proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas, así como los aspectos expuestos al inicio del presente capítulo y de lo establecido por ciertas legislaciones nacionales, permite formarse una idea del nuevo enfoque que desde la perspectiva de la legislación internacional y nacional, está empezando a configurarse en materia del derecho de los pueblos indígenas a la lengua, la educación y la cultura.

Este nuevo enfoque u orientación se caracteriza, como ya señalamos, por

- el abandono de la tendencia integracionista o asimilacionista; por un reconocimiento más extenso a la identidad cultural de dichos pueblos;

- el reconocimiento del carácter y naturaleza multiétnica y multilingüe de los Estados integrados minoritaria o mayoritariamente por pueblos indígenas; por la marcha acentuada hacia una educación bilingüe-bicultural propia para las comunidades indígenas, con contenidos curriculares que abarquen tanto elementos de las culturas étnicas como de la nacional y universal;
- la incorporación de elementos culturales indígenas en los planes y programas de estudio del sistema educativo nacional;
- el reconocimiento al uso, transmisión y preservación de las lenguas indígenas; y por otros aspectos, ha empezado a plasmarse en la legislación internacional como en la nacional y están empezando a inclinarse acentuadamente hacia el etnodesarrollo y no hacia el etnocidio.



---

**DERECHO CONSUETUDINARIO  
INDÍGENA Y  
ORGANIZACIÓN SOCIAL**

---

El nuevo enfoque internacional en  
materia de derechos de los pueblos indígenas

## 1. Importancia del derecho consuetudinario y organización social

Por lo general, se afirma que el derecho consuetudinario, costumbre jurídica, derecho alternativo, etc. es “un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente de un país determinado”; señalándose que la diferencia fundamental entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario radica en que el primero “está vinculado al poder del Estado”, por ser creado por el Estado a través del órgano correspondiente, es decir el Congreso, mediante un procedimiento específico y formal previamente establecido y plasmado en forma escrita en un documento denominado ley; mientras que el derecho consuetudinario “es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado”, siendo esto último, es decir el operar sin referencia al Estado, lo más común (Stavenhagen, 1991: 304-305).

Así pues, el derecho consuetudinario es un “conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen estas normas)... que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su poder soberano” (Stavenhagen, 1988: 99).

El derecho consuetudinario existe y ha existido siempre. Lo que ha variado y sigue variando es el reconocimiento o valor que el derecho positivo le atribuya. En algunas legislaciones la costumbre jurídica es una importante fuente del derecho; en otras, se le reconoce sólo un valor secundario, pues la fuente reina es la ley misma; y en otros, no se le reconoce prácticamente ningún valor.

En el caso específico de América Latina, el derecho positivo ha desconocido el derecho consuetudinario, o bien le ha conferido un reconocimiento bastante limitado que prácticamente lo hace inoperativo.

Uno de los pilares fundamentales del orden jurídico latinoamericano, y en general de la concepción jurídica occidental, es que contra la aplicación de la ley no puede alegarse práctica, uso o costumbre en contrario.

Pero el derecho consuetudinario existe. El derecho consuetudinario indígena específicamente ha existido en nuestros países latinoamericanos. A pesar de su situación desfavorable, los indígenas, en la mayoría de casos, aún tienen su propia organización, sus autoridades, sus normas jurídicas, sus sanciones, etc.; se puede observar que ciertas tradiciones indígenas siguen vigentes, aún y cuando de fuera sean valoradas como mero folklore (Gómez, 1988: 13-14).

Como afirma Stavenhagen, “la identidad étnica está estrechamente vinculada no solamente con elementos de tipo cultural (como puede ser la lengua), sino también y tal

vez sobre todo, a formas de organización social y a la estructura social de la comunidad local" (Stavenhagen, 1988: 98).

Hoy en día, pese a su desconocimiento por la legislación nacional, las comunidades indígenas sobreviven. Su capacidad de resistencia les ha permitido conservarse; si bien existen niveles diferenciales de pérdida de vitalidad étnica, en lo fundamental, en lo general estos pueblos han preservado sus normas de control social, coexistiendo con las establecidas por el orden jurídico nacional (Gómez, 1988: 2).

No obstante ello, a los miembros de los pueblos indígenas se les aplica el derecho positivo invocando el principio de la igualdad jurídica de todos los ciudadanos ante la ley sin distinción por motivo de raza, sexo, religión, etc. Principio que si bien ha servido para proteger los derechos de la mayoría de personas no indígenas, a los indígenas, por el contrario, los ha colocado en una situación de indefensión. La interrogante clave aquí es ¿se debe tratar igual a los desiguales? ¿se deben aplicar, sin distinciones de ninguna naturaleza, normas jurídicas a personas con costumbres, tradiciones, código de valores, cosmovisión, etc. distintas a las de la cultura dominante que ha creado esas normas jurídicas?

Esta ley, creada así, a espaldas de los pueblos indígenas, e incluso, en ciertos casos, en contra de las normas consuetudinarias de dichos pueblos, es la única que es considerada como "ley". Pero ¿qué es la ley (derecho positivo) para los indígenas, cómo la perciben, cómo la entienden? En primer lugar, hay que señalar que, en muchos casos, se trata de una ley que está escrita en un idioma que los indígenas no comprenden, y para los que sí hablan español, en términos demasiado técnicos y formalistas como para hacerlos inteligibles. En segundo lugar, el contenido mismo de dichas normas es también objeto de incomprensión pues, o bien tipifican como delito una acción que para los indígenas no es delito sino una costumbre (poligamia), o bien dejan de tipificar como delitos actos que para los indígenas definitivamente constituyen acciones en contra del bienestar de la comunidad (por ejemplo la brujería). En otros casos, se impone a los indígenas instituciones jurídicas ajenas a sus tradiciones y costumbres como por ejemplo el régimen de propiedad individual de la tierra.

Como afirma Stavenhagen (1991),

"si bien hemos establecido que el derecho consuetudinario no es de ninguna manera un cuerpo estable y eterno de normas y reglas jurídicas formalmente reconocidas, y si bien podemos suponer que existen tantos 'derechos consuetudinarios' como etnias específicas y diferenciadas, también es cierto que en el conjunto del mundo indígena latinoamericano ciertas temáticas resultan con mayor frecuencia como propias del derecho consuetudinario". Sin pretender agotar la complejidad de lo 'jurídico' en las culturas indígenas, pueden mencionarse algunos grandes apartados a título indicativo (Stavenhagen, 1991: 312, 313, 314, 315).

## 1.1 El derecho a la tierra

Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas la tierra es propiedad de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de la propiedad riñe en primer lugar con la noción de propiedad privada e individual de la tierra, introducida en la mayoría de los países latinoamericanos por el liberalismo económico del siglo pasado, y que aún se encuentra vigente en numerosas legislaciones. Es por ello, por ejemplo, que la privatización de las tierras mapuches decretada por el régimen militar chileno fue resistida por el pueblo mapuche. Otras legislaciones agrarias, como la mexicana, reconocen la propiedad colectiva de las comunidades, aunque no se refieran específicamente a sus características étnicas. La aplicación indiscriminada de la legislación estatal en materia de propiedad de la tierra puede conducir a conflictos con las concepciones tradicionales sobre propiedad agraria que prevalecen entre los pueblos indígenas y tener por resultado la violación de los derechos colectivos e individuales.

Adicionalmente, el concepto de propiedad colectiva o comunal del grupo étnico riñe también con la propiedad que el Estado nacional, heredero de la colonia, reclama para sí bajo forma de terrenos nacionales, baldíos o tierras fiscales, negando así derechos ancestrales de las etnias indígenas sobre terrenos ocupados pacíficamente desde tiempos inmemoriales. Esta es la base de muchos conflictos que se dan en la actualidad, sobre todo en la cuenca amazónica. Aquí se trata con frecuencia no sólo de la tierra en sí, sino también de los recursos acuíferos, forestales y minerales; algunos países, como Panamá y Costa Rica, han hecho frente a esta situación reconociendo a los pueblos indígenas sus "reservas" territoriales.

## 1.2 La persecución de delitos o el derecho penal

La definición y tipificación de delitos es objeto de los códigos penales, y actualmente se trabaja en América Latina en la unificación de criterios entre los diversos países con el objeto de lograr un código penal modelo, tipo o único para toda la región. Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales; por ello no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o por el contrario: una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena, es decir un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.

Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales; tal es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México. El tema ha producido ya severos conflictos y controversias a lo largo del continente y ha sido objeto de conferencias internacionales.

Característica del segundo tipo es la problemática de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito ni siquiera admitida su existencia, en las legislaciones nacionales. La práctica judicial ha documentado numerosos y drámaticos casos de homicidios cometidos por causa de brujería: homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional, pero admitidos como forma de hacer justicia o de legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades.

### 1.3 Procedimientos de administración de justicia

Existe una amplia literatura etnográfica sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia muchas veces señalada sería que en la justicia de tipo occidental se busca "castigar al culpable", mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. El juzgado o tribunal como espacio privilegiado para exponer quejas, dirimir conflictos y exigir justicia, es un producto del estado de derecho, pero con frecuencia es ajeno a las costumbres y valores de las comunidades indígenas. Aquí, en cambio, puede funcionar la autoridad política tradicional, como por ejemplo un consejo de ancianos no reconocido por las leyes nacionales o algún intermediario aceptado por las partes para reconciliar diferencias.

En el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho que, en las sociedades occidentales, lo jurídico se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en las comunidades indígenas lo jurídico está totalmente imbricado en el resto de la estructura social y sólo un observador externo, utilizando sus propias categorías descriptivas y analíticas, podrá separar uno de otro.

Los observadores señalan que en las sociedades pequeñas en donde existen muchos vínculos de parentesco, vecindad, reciprocidad económica, etc. entre todos sus miembros, caracterizadas por relaciones múltiples, las personas son reacias a acudir a los tribunales aún cuando éstos se hallan disponibles. Esta actitud contrasta con las sociedades urbano-industriales en donde la profesión legal y el aparato judicial son considerados como remedio obligado para dirimir conflictos entre personas vinculadas por relaciones simples, es decir, por ejemplo, un proveedor y un comprador.

Así, se ha advertido que en casos de disputas existen diferentes niveles de administración de justicia a los que pueden acudir los interesados, de acuerdo con las normas tradicionales de la comunidad. Cuando hay conflictos entre miembros de la propia comunidad indígena, los afectados generalmente prefieren utilizar las instituciones propias, es decir el derecho consuetudinario. En cambio, cuando se presenta un conflicto entre indígenas y no-indígenas, entonces se utilizan de preferencia las instituciones nacionales. Esta distinción encuentra también, a veces, su respaldo en la propia legislación o práctica

indigenista. Por la cantidad de abusos a que están expuestos, los indígenas tienden a evitar, cuando les es posible, acudir a los tribunales y juzgados de los mestizos o ladinos. Pero también existen casos en los que buscan acudir a los tribunales con el objeto de mantener vivo un conflicto o bien porque alguna de las partes en conflicto cree obtener una ventaja procediendo de esa manera.

Existen otros ámbitos propios de lo que sería derecho consuetudinario indígena, pero sólo las investigaciones empírica y casuística podrán aportar los análisis específicos. Es importante recalcar que el derecho consuetudinario generalmente no existe aisladamente, salvo entre comunidades física y políticamente aisladas del resto de la sociedad. Sobre todo entre los pueblos indígenas campesinos, las costumbres jurídicas tienen vigencia como una forma de interrelación con la manera en que se aplica y se utiliza localmente el derecho positivo formal. De allí que estas costumbres o normas consuetudinarias cambien en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Por consiguiente, una posible codificación del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas (Stavenhagen, 1991: 312, 313, 314 y 315).

Con el objeto de ahondar un poco más en cuanto a las diferencias que existen entre las concepciones de legalidad, juridicidad y justicia que sustentan, por un lado, el derecho positivo nacional y, por el otro, el derecho consuetudinario indígena, veamos lo que Magda Gómez (1988) señala como rasgos distintivos del derecho consuetudinario indígena, ante todo en materia penal, que si bien está referido únicamente a México, creemos que es sumamente útil, pues refleja lo que, en general, puede apreciarse del derecho de los pueblos indígenas en América Latina:

- A. Cuando hay una situación de conflicto que no involucre hechos de sangre entre miembros de la comunidad, se acude a las autoridades tradicionales a presentar la queja. Se cita al acusado y normalmente se le enjuicia en público, cuando se reúne el pueblo en la asamblea dominical. Aquí se observa un primer elemento de concepción sobre la sanción, distinto al del derecho positivo: se busca que el inculcado sufra como sanción la vergüenza de haber sido visto en faltas por todo el pueblo. En Zongozotla, Puebla, hasta años recientes, quien cometía un robo era paseado por el pueblo cargando el objeto robado; ahora les parece más fácil pagar una multa.
- B. Entre los indígenas se logra la justicia pronta y expedita que establece la Constitución Mexicana, pues normalmente los conflictos se abordan y resuelven en una sesión, durante la cual se discuten los hechos, se reconstruyen, interviniendo tanto la parte acusadora como la acusada; los miembros de la comunidad dan su testimonio; y la autoridad tradicional va orientando la discusión, señalando el tipo de valores que la comunidad quiere preservar. Este es el ámbito donde se ubica el conflicto y es en el que se definen las resoluciones, las que son inapelables "porque ya se discutió bastante", señalan las autoridades tradicionales.

- C. Por otra parte, no existe como pena la reclusión prolongada por años en la cárcel; en algunos casos tienen lugares de detención, pero ésta se prolonga por unas horas o días mientras se realiza el juicio. Existe el testimonio de un caso en el estado de Nayarit, en que se sancionó a un indígena huichol obligándolo a permanecer “preso” sentado en una piedra, por varios días, al borde de un camino por donde pasan normalmente los miembros de la comunidad.
- D. Un elemento importante al dirimir los conflictos es el de fijar la reparación del daño, de manera que las partes queden reconciliadas y conformes con la misma. Se trata de mantener la cohesión en la comunidad y de que aquellos que incurren en faltas se corrijan. Caso distinto es el efecto que produce la penalización del indígena conforme al derecho positivo, pues se convalida con ella la ruptura de indígena con su comunidad de origen (Gómez, 1988: 14, 15 y 16).

Como afirma Stavenhagen (1988: 103):

“El problema fundamental que plantea el derecho consuetudinario a las legislaciones nacionales tiene que ver con una problemática más profunda: ¿hasta qué punto el Estado-nación contemporáneo puede reconocer y dar legitimación a formas de comportamiento que no se amoldan a la estructura jurídica nacional? Y en caso de existir este reconocimiento ¿hasta qué punto reñiría con la concepción predominante del Estado y de la nación, tal como éstos han sido definidos por filósofos y politólogos de diversas tendencias? ¿Cuál es el Estado que se arriesga a desprenderse de estos elementos fundamentales de su soberanía? Pero por otra parte, en un Estado de derecho y democrático, basado en una filosofía de democracia pluralista ¿hasta qué punto pueden imponerse normas y sanciones rigurosamente codificadas, provenientes de determinadas tradiciones y concepciones jurídico-políticas, a conglomerados humanos que desde el punto de vista histórico y cultural responden a normatividades y dinamismos distintos? ¿Cómo se pueden conciliar estos diferentes criterios? ¿Hasta qué punto se encuentran aquí imbricados problemas complejos relativos a los derechos humanos de grandes grupos sociales de nuestro continente?” .

---

**AUTONOMÍA Y  
AUTODETERMINACIÓN**

---



## 1. Autodeterminación o libre determinación

En el primer capítulo del presente trabajo, en el que se analiza lo relativo a la definición de pueblo indígena, quedó claramente establecido que, para las legislaciones nacionales y la internacional, el derecho a libre determinación que les asiste por el hecho de ser “pueblos”, no debe entenderse en el sentido del derecho a la secesión, es decir el derecho a formar nuevos Estados independientes.

¿En qué sentido, pues, debe entenderse el derecho de estos pueblos a su autodeterminación?

En principio podríamos afirmar que debe entenderse en el sentido del derecho de dichos pueblos a la formulación de una política y de una práctica autónoma a todo lo que atañe a la vida en el interior del grupo; o bien, la autodeterminación significa lo opuesto a integración o asimilación, es decir el derecho a defender y preservar su muy particular y especial identidad cultural, social, económica, etc.; dentro del seno de la comunidad nacional de la que forman parte.

Lo cierto es que el término autodeterminación o libre determinación abarca muchas formas de manifestarse, pues puede abarcar su derecho a disponer su propio desarrollo económico, su propio desarrollo cultural, la aplicación de su propio sistema jurídico y su propia organización social, el derecho a elegir a sus propios funcionarios para sus propias instituciones, el derecho a tener un ámbito de acción expresamente delimitado, es decir su territorio.

De lo que se habla es de pluralismo, de autogestión, de autonomía, de autogobierno local y regional y del etnodesarrollo.

En cuanto a este último, es decir el etnodesarrollo, la Declaración de San José sobre el Etnocidio y el Etnodesarrollo (1981), establece:

- “3) Entendemos por etnodesarrollo la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere, e implica una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político-administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión”.

Para profundizar un poco más en este concepto de etnodesarrollo, veamos lo que dice Stavenhagen en relación con lo que es y no es el etnodesarrollo:

“...mirar hacia adentro: significa encontrar en la cultura del grupo los recursos y la fuerza creativa necesarios para enfrentar los desafíos del cambiante mundo moderno. No significa la autarquía o un aislamiento auto-impuesto, y aún menos retraerse a un museo de la ‘tradición’, aunque aquellas etnias que tal vez quisieran permanecer aisladas (como algunas tribus de la selva tropical de la cuenca del Amazonas) deberían ciertamente tener la libertad de disfrutar del derecho humano fundamental del aislamiento. El etnodesarrollo no significa la secesión política o el separatismo de un Estado existente, aunque un pueblo que tiene aspiraciones de ser una nación independiente debería por supuesto tener la libertad para ejercer el derecho a la autodeterminación, como fue formulado por las Naciones Unidas. El etnodesarrollo no significa fragmentar las naciones existentes y subvertir el proceso de construcción nacional, sino más bien redefinir la naturaleza de la construcción nacional y enriquecer el complejo tejido multi-cultural de muchos Estados modernos, al reconocer las aspiraciones legítimas de las etnias culturalmente distintas que forman el conjunto nacional. El etnodesarrollo no significa empañar las muy legítimas divisiones del capitalismo mundial moderno al fomentar cierto tribalismo artificial, sino más bien supone que no únicamente la clase, sino también la identidad étnica y la comunidad étnica son principio de integración social... Finalmente, el etnodesarrollo significa reconsiderar la naturaleza y los objetivos de los proyectos de desarrollo al nivel global, desde las presas hidroeléctricas hasta la introducción de cultivos de plántulos manteniendo en mente, primero y principalmente, las necesidades, los deseos, las especificidades culturales y la participación de la base de los propios grupos étnicos” (Stavenhagen, 1989: 252-253).

En este sentido, parece ser, es en el que la legislación internacional y la nacional, aunque tímidamente, están dispuestas a acercarse a la idea de la autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas, y bajo ningún punto de vista como el derecho de secesión, no obstante que algunos pueblos indígenas así pudieran entenderlo.

Podría también pensarse que el término etnodesarrollo se hubiera acuñado para sustituir al de autodeterminación; dado los problemas que ofrece este último término, pero que al final significan lo mismo; o bien podría considerarse al etnodesarrollo como una fase previa a la autodeterminación en el sentido de secesión, es decir los pueblos indígenas, al haber alcanzado la suficiente autonomía interna (en aplicación del etnodesarrollo), al haberse ejercitado lo suficiente en el manejo de sus instituciones, de su economía, de su derecho, de su territorio, etc. podrían decidir el constituirse en Estados independientes, pacíficamente o por la fuerza.

Algunos (Müller, 1991) consideran que lo que más favorecería a las minorías, dentro de los cuales incluye este autor a los pueblos indígenas, es el sistema político federal. Creemos que si bien son acertados ciertos aspectos de esta postura, también es cierto que el hecho de que un Estado esté organizado federativamente no ha sido garantía para que se respeten y reconozcan en forma más acertada los derechos de los pueblos indígenas, aparte de España que es el caso de ejemplo que pone Díaz Müller, y que no es un Estado federal desde el punto de vista político-constitucional, sino un Estado Federo-regional o de autonomías regionales. Por ejemplo, países con serios conflictos con los pueblos indígenas son precisamente Estados federales: Canadá, Estados Unidos, México, Brasil,

Argentina, Venezuela; y, es más, ha sido en Estados simples o unitarios, al menos en América Latina, en los que más se ha avanzado en materia de autonomía regional de los pueblos indígenas, como son los casos de Nicaragua y Panamá.

Además, los acontecimientos actuales parecen contradecir la idea de que un Estado federal pueda garantizar en mejor forma los derechos de las minorías y armonizar sus intereses con los del Estado central; véase el caso de Yugoslavia, los conflictos étnicos en la ex Unión Soviética, la recién anunciada extinción del Estado Federal Checoslovaco, etc.

Lo cierto es que al hablar de autodeterminación de los pueblos indígenas, al menos por el momento, tanto a nivel nacional como internacional, a lo único que se puede aspirar es a la autonomía local o regional, independientemente de que se trate de un Estado federal o de un Estado simple o unitario, pues dicha autonomía es susceptible de darse, tanto en una forma de Estado como en la otra.

Esta autonomía regional es la que coincide con el concepto de etnodesarrollo, pues la misma se refiere no sólo al aspecto territorial sino que abarca toda una amplia gama de manifestaciones que, como indicáramos anteriormente, incluye una autonomía en aspectos culturales, económicos, jurídico-administrativos, etc.

Prácticamente todo el presente trabajo está dedicado al etnodesarrollo entendido en este sentido, pues el mismo está centrado en el nuevo enfoque internacional y nacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, caracterizándose este nuevo enfoque, como hemos tenido ocasión de apreciar, en el mayor grado de autonomía reconocido a dichos pueblos en los ámbitos cultural, educativo y lingüístico, territorial, etc.

Hay un aspecto dentro de esta autonomía y libre determinación al que no hemos tenido oportunidad de referirnos con anterioridad y es el relativo al desarrollo económico; baste decir que el mismo está ligado íntimamente con otros temas ya tratados, como lo son el acceso a la educación de los miembros de los pueblos indígenas, especialmente a la educación superior; el derecho de dichos pueblos al uso, aprovechamiento, participación en los beneficios, o bien, control total sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios incluyendo los derechos sobre el subsuelo y los minerales; a su derecho al pago de salarios justos y demás prestaciones laborales; a su derecho de participar en programas de formación profesional de aplicación general basados en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de dicho pueblo; la promoción y fortalecimiento, incluyendo asistencia técnica y financiera, de la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección; etc.

A través del análisis de los otros temas que comprende el presente trabajo, hemos podido apreciar algún avance, aunque ciertamente lento, de algunas legislaciones nacionales

hacia la autodeterminación de los pueblos indígenas, entendida esta autodeterminación como etnodesarrollo.

Desde la perspectiva de la legislación internacional, cabe señalar que ni el Convenio 169 ni el Proyecto de Declaración Universal de Derechos Indígenas utilizan los términos etnodesarrollo, autonomía regional, ni mucho menos el de autodeterminación; sin embargo, del análisis de las disposiciones de dichos instrumentos, ante todo del Convenio 169, hecho en los capítulos precedentes, podemos apreciar claramente que su espíritu, aunque con bastante cautela en ciertos aspectos, se encamina hacia ello:

#### “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 porque, 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.”

---

## **BIBLIOGRAFÍA**

---



Barsh, Russel Lawrence (April, 1986). **Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law.** *American Journal of International Law.* Vol. 80, No. 2.J

Barsh, Russel Lawrence (July, 1987). **Revision of ILO Convention 107.** *American Journal of International Law.* Vol. 81, No. 3.

Barsh, Russel Lawrence (July, 1989). **United Nations Seminar on Indigenous Peoples and States.** *American Journal of International Law.* Vol. 83, No. 3.

Díaz Müller, Luis (1991). **Las minorías étnicas en sistemas federales. ¿Autodeterminación o autonomía? Aspectos Nacionales e Internacionales sobre Derecho Indígena.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1991

Gómez, Magda (Noviembre-diciembre, 1988). **Derecho Consuetudinario Indígena.** No. 25, Año IV, 2a. Época

Gómez, Magda (1988). **La defensoría jurídica de presos indígenas.** México: Instituto Nacional Indigenista.

**Introducción al Derecho de las Comunidades Indígenas (Enero-abril, 1988).** *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.* Año 3, Num. 7. (Varios autores).

Lerner, Natan (1991). **Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación.** Serie Folletos /17. Comisión Nacional de Derechos Humanos

Stavenhagen, Rodolfo (en colaboración con otros autores) (1988). **Derecho indígena y Derechos humanos en América Latina.** México: El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Stavenhagen, Rodolfo (Mayo-agosto, 1991). Introducción al derecho indígena. **Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. No. 17, Mayo-Agosto 1991**

Stavenhagen, Rodolfo (1989). Los Derechos Indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.**

Sweepston, Lee (Abril-junio, 1978) Enfoque del 'problema indígena' en América Latina. **Revista Internacional del Trabajo. Vol. 97, num. 2, abril-junio, 1978**

Sweepston, Lee (Enero-marzo, 1985). Las normas internacionales y la protección al derecho a la tierra de los pueblos indígenas y tribales. **Revista Internacional del Trabajo. Vol. 104, Num. 1.**







El Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES) es una unidad académica de la Universidad Rafael Landívar, especializada en investigaciones y servicios de consultoría. El IDIES está fundamentalmente al servicio de estudiantes, catedráticos e investigadores de tres facultades: Ciencias Económicas, Ciencias Jurídicas y Sociales, y Ciencias Políticas y Sociales.

El objetivo del IDIES es realizar estudios sobre la realidad económica, política y social de Guatemala, con la finalidad de:

- Obtener información que sirva de orientación a la sociedad para el análisis de sus problemas y sus soluciones; y
- Enriquecer la vida académica de la Universidad por medio de la formación de sus estudiantes en las técnicas de investigación y obtención de material para las asignaturas en los campos de economía, derecho, política y sociología.

Universidad Rafael Landívar  
Biblioteca



IL00003

**Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales**  
**Universidad Rafael Landívar**

Campus Central, Vista Hermosa III, zona 16.

Edificio G, 2do. Nivel.

Teléfonos 380431 y 380432

Fax 380434

Guatemala, Centro América