

POTENCIALIDADES Y LIMITACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE (O DE) LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *

José Bengoa**

Síntesis.

La Tesis que se sostiene en este artículo señala que los pueblos indígenas, a través del Convenio 169 de la OIT, luego de la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007, y de otros instrumentos internacionales, quedaron en una situación jurídica ambigua, indefinida y no pocas veces contradictoria y que ello es uno de los motivos del carácter conflictivo que han asumido las relaciones interétnicas en la actualidad, sobre todo en América Latina.

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

Junto a ello se señala que las instancias internacionales donde se podían analizar las violaciones a este tipo de derechos se han transformado

de tal suerte que no ofrecen espacios adecuados para la resolución de los conflictos. La formación del Comité de Expertos de Naciones Unidas en Ginebra, que reemplazó al Grupo de Trabajo de las Poblaciones Indígenas con sede en Nueva York -el foro permanente-, así como otras instancias, no solamente adolecen de mandatos significativos, sino que también muchas veces se contradicen en sus propuestas. La única instancia que puede ver estas violaciones queda constituida en torno a la figura del Relator Especial, instancia unipersonal y generalmente sobrepasada por los acontecimientos.

Estas contradicciones jurídicas y la ausencia de normativas claras y eficaces han abierto un enorme espacio de relaciones de fuerza, muchas veces violentas, entre empresas, estados y pueblos indígenas. La cuestión indígena se ha transformado en América Latina en un ámbito de extrema conflictividad y, peor aún, sin que se vislumbren caminos de solución pacífica y eficaz de estos conflictos.

1. El Convenio 169, luces y sombras.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es quizá el instrumento de mayor importancia en materia de derecho

* Este trabajo se basa en una ponencia presentada al seminario de Historia del Derecho, organizado por el Max Planck Institute, de Franckfort, Alemania, en la ciudad de Sucre, Bolivia, en el mes de marzo del 2017. Agradezco a Thomas Duve director del Instituto de Historia del derecho del Max Planck Institute y a Lorena Ossio investigadora de ese instituto por la amable invitación. A los y las participantes por sus comentarios que me han permitido hacer una nueva versión.

** Profesor de la Escuela de Antropología de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

internacional de los pueblos indígenas, ya que es el único de carácter “vinculante” y por tanto si es ratificado por un Estado se transforma en obligatorio o en la mayor parte de los casos, como el caso de Chile, en parte de su sistema jurídico y legal. Es, se dice, Ley de la República.

Origen del Convenio

Muchas personas se preguntan por qué reside este Convenio en la OIT, que no es una entidad precisamente relacionada con los pueblos indígenas. El motivo es totalmente factual. En la reunión de Pátzcuaro, Morelia, México de 1940, se constituyó el Instituto Indigenista Interamericano. Esta institución estuvo, por razones evidentes, poco activa durante el período de la Segunda Guerra Mundial, para posteriormente activar una serie de institutos nacionales en casi todos los países signatarios. En Chile por ejemplo se formó el DASIN, Dirección Nacional de Asuntos Indígenas, siguiendo las directivas en ese tiempo dictadas por el Instituto Indigenista. Es en ese contexto que los directivos de esta institución, anterior a la OEA, comenzaron a preocuparse de diversos asuntos que involucraban a los indígenas. Uno de ellos, y de la mayor importancia, por ejemplo en Guatemala, era (y es) el de los “braceros” provenientes de las comunidades indígenas de las tierras altas, que se desplazaban a levantar las cosechas (las “zafras”) de frutos tropicales, en particular de plátanos. El famoso libro del Premio Nobel Miguel Angel Asturias, *Mamita Yunai*⁷, relataba esas peripecias marcadas por la sobre explotación de la mano de obra indígena. Es así que viaja a Ginebra una delegación del Instituto presidida por el antropólogo Sr. Juan Comas, que era secretario de esa institución, para entrevistarse con las autoridades de la Organización Inter-

nacional del Trabajo. Esta organización es la más antigua del sistema de Naciones Unidas y proviene de la Sociedad de las Naciones, construida después de la Primera Guerra Mundial y disuelta como consecuencia de la Segunda.

La OIT acogió esta demanda y después de numerosas sesiones y debates el año 1957 se aprobó un Convenio marcado con el número 107 y que se refería fundamentalmente a los derechos de los trabajadores provenientes de las comunidades indígenas. Con el paso de los años muchos intelectuales y también funcionarios de la OIT se percataron que ese convenio era letra muerta y tomaron la iniciativa de revisarlo². Esto ocurrió el año 1986, y señalaba a la letra:

“Con el transcurso de los años los conceptos han experimentado cambios significativos y desde muchos sectores se han formulado críticas contra el enfoque básico del Convenio (107)” (OIT/NOR/79/INT/20).

Se adoptó la realización de una “Revisión Parcial” del antiguo convenio, lo que permitió y facilitó su aprobación, ya que se trataba de enmiendas a un convenio vigente.

El concepto de Pueblos y la libre determinación.

“Durante la Reunión de Expertos, los representantes indígenas y algunos de los expertos estimaron que el Convenio (107) debería modificarse de modo que hiciera referencia a Pueblos Indígenas, ya que la palabra “pueblos” indicaba que dichos grupos humanos tenían identidad propia y reflejaba más adecuadamente la opinión que ellos tenían de sí mismos, mientras que el término “poblaciones” denotaba solo una mera agrupación de personas” (OIT/NOR/79/INT/20: 33).

En el debate se señaló con claridad los argumentos de quienes estaban en contra del uso del concepto de “pueblo”, cuestión en debate hasta el día de hoy;

“La preocupación de quienes no desean utilizar la palabra “pueblos” obedece al temor de que dicho término entrañe el reconocimiento de un derecho a cierto grado de autonomía política, inaceptable para muchos estados” (OIT/NOR/79/INT/20: 34).

La OIT realizó una consulta internacional sobre la conveniencia de modificar el antiguo Convenio 107, contando con el apoyo de 33 respuestas positivas y una sola negativa, Chile³. En estas consultas la oficina de la OIT media entre las situaciones respecto al uso del concepto “pueblo” señalando que (la oficina) *“estima que sería conveniente aclarar que la utilización de esa palabra en el Convenio no se debería interpretar en el sentido de que implique el derecho a la autodeterminación política, puesto que esa cuestión no es evidentemente de la competencia de la OIT”* (OIT/NOR/79/INT/20: 34).

Hubo un debate sobre un concepto allí planteado que trataba de definir *la autodeterminación interna* de los pueblos indígenas al interior de los Estados Nacionales, lo que se asemejaba bastante a lo que posteriormente se comprenderá como el “derecho a la autonomía”. Sin embargo ese concepto no fue aceptado. El debate fue áspero y en las Actas se consigna una moción de un grupo de expertos relacionados en ese entonces con la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y Protección de Minorías que había nombrado al embajador ecuatoriano Martínez Cobo como Relator Especial. El guatemalteco Augusto Williamsen Diaz fue uno de los redactores del artículo 2, que sustituía al 2 y 5 del Convenio 107, señalaba:

“Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma la fundamental importancia del derecho a la libre determinación así como el derecho de todos los seres humanos de perseguir su desarrollo material, cultural y espiritual en condiciones de libertad y dignidad.....Reconociendo

que estos derechos son fundamentales para la supervivencia y el futuro desarrollo de los Pueblos Indígenas y tribuales (sic) en cuanto sociedades distintas y viables...” (OIT/NOR/79/INT/20: 35).

Dicho ese preámbulo se señalaba que: *“a) que los Pueblos Indígenas puedan gozar plenamente de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales sin obstáculo y discriminación⁴; b) que se reconozcan y protejan los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas y tribuales⁵, sus derechos económicos y sus instituciones políticas, sociales y culturales y religiosas; c) que se respete la facultad de los Pueblos Indígenas y tribuales de determinar por sí mismos los procesos de desarrollo en cuanto afecten a sus vidas e instituciones”⁶* (OIT/NOR/79/INT/20: 36).

La salvaguarda internacional.

El debate fue extremadamente complicado, como ha continuado siéndolo en los 30 años siguientes (1987-2017). Tanto así, que *“todos los expertos convinieron en que debería incluirse el principio expresado en la conclusión 2 (esto es el de la libre determinación): que estos pueblos deberían gozar tanto como sea posible (en cursiva en el original) del control sobre su propio desarrollo, económico, social y cultural”*. (OIT/NOR/79/INT/20: 34).

Los debates se centraron finalmente en el alcance del concepto de “*pueblos indígenas*” y en el carácter de las consultas que a ellos se les hicieren en función de determinadas decisiones que les afecten; esto es, los dos temas centrales que continúan hoy en día sin ser resueltos. Países como Ecuador se manifestaron señalando que *“el Convenio será inconstitucional, ilegal e inconveniente”*; y agregaba que *“constituiría un instrumento de desintegración nacional y de desestabilización”*, opiniones no muy diferentes a las que hoy día, treinta años después, se debaten en ese país de enormes mayorías indígenas.

Finalmente el artículo 1 se aprobó con una llamada “salvaguarda”, inciso 3, que dice a la letra: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. (OIT/CONVENIO 169/FOLLETO DE DIFUSIÓN. GINEBRA, 2012).

La “salvaguarda” del Convenio 169 con el paso del tiempo se ha transformado en uno de los asuntos cruciales del derecho internacional de los pueblos indígenas⁷. Los indígenas como sujetos del derecho internacional quedaron en una situación disminuida frente a todos los demás actores y, por cierto, los de carácter nacional. Al señalar “la salvaguarda”, que el concepto de autodeterminación es reducido y parcial y que no podrá comprenderse a nivel del sistema jurídico internacional, el sujeto jurídico indígena queda en una situación de indefensión jurídica ya que no es un sujeto jurídico nacional reconocido (como los sindicatos por ejemplo en la OIT), ni es un sujeto internacional reconocido como “las naciones independientes” o incluso como las ONG que tienen un status específico y activo en el marco jurídico de las Naciones Unidas⁸. Los representantes de los pueblos indígenas deben normalmente disfrazarse de ONGs para poder hacer uso de la palabra en los escenarios internacionales sin consecuencia alguna de sus dichos sobre el sistema jurídico internacional. Por cierto que esa ausencia del sujeto indígena en el escenario internacional se expresa con mucha mayor fuerza en el nivel nacional.

La consulta.

El segundo asunto de alta complejidad fue y es el de la “consulta no vinculante” del Convenio 169, que se ha transformado en la fuente máxima de conflictos, sobre todo territoriales y medio ambientales. El inciso 2 del artículo 6 es de una ingenuidad exagerada y así lo vieron muchos de quienes participaron en el proceso de elaboración del Convenio 169. Sin embargo se aprobó ese concepto de “*bona fide*”, esto es:

“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Ibid.)

En *primer lugar*, las consultas que se realizan al existir un proyecto que afecta a algún pueblo indígena de acuerdo al Convenio 169, carece de un sujeto jurídico establecido y con claridad jurídica a nivel local, nacional y sobre todo internacional. ¿Quién es el representante de ese pueblo indígena?, ¿Una comunidad parcial de ese pueblo? ¿Todos los miembros sea el lugar en que se encuentran? ¿Solamente los sujetos individuales afectados?. Esta ambigüedad ha sido la fuente de enormes conflictos intra comunitarios y divisiones profundas en los pueblos indígenas⁹.

En *segundo lugar*, el concepto de “*buena fe*” para la entrega de las informaciones es extremadamente laxo y por lo general no se aplica¹⁰. Hoy en día somos muchos quienes en América Latina recordamos los famosos “requerimientos” a que estaban obligados los conquistadores españoles cuando llegaban frente a un grupo indígena: los requerían a someterse al Rey, a la sagrada religión y luego, si no aceptaban, les prometían todo tipo de castigos, algu-

nos explícitos y atroces. La “buena fe” suponía que el conquistador se valiera a lo menos de un traductor para que los posibles conquistados supiesen a lo que se exponían. Como dice Severo Martínez Peláez (1987) en *La patria del Criollo*, en Guatemala, muchas veces se paraba el escribano u otro asistente del conquistador, arriba de una colina y de forma burocrática leía los requerimientos sin que nadie los escuchara siquiera. La finalidad de la consulta es “llegar a acuerdo” o “lograr el consentimiento” y en ningún caso se pone en la situación de negativa por parte de la comunidad.

En tercer lugar el carácter no vinculante, la no existencia de instancias de apelación nacional y sobre todo internacionales, hacen de este proceso el preámbulo del conflicto. Hemos visto en la mayoría de los casos que hemos estudiado, el rechazo masivo del proyecto en cuestión y a pesar de ello, su puesta en marcha¹¹.

Como es bien sabido en Chile aún no existe acuerdo sobre una mínima reglamentación de la “consulta indígena”, al igual que en la mayor parte de los países de América Latina.

2. La Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Al mismo tiempo que se dictaba el Convenio 169 se producían diversas situaciones en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Comisión, hoy día denominada Comité, estaba integrada por representantes de países y delegó en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, conocida como la Subcomisión, el mandato de preparar un estudio sobre la situación de las entonces llamadas “poblaciones indígenas”.

Esta Subcomisión nominó al Embajador Martínez Cobo del Ecuador a cargo de esta tarea. Ha sido uno de los estudios más amplios que se hayan realizado a nivel internacional. El Relator definió con bastante precisión lo que entendía por Indígenas en general y propuso también el concepto de “pueblos indígenas”. Sugería la necesidad de una Declaración Internacional (o Universal según algunos), que consagrara los derechos de este enorme sector de la población mundial. Para ello se nominó un Grupo de Trabajo formado por cinco miembros de la Subcomisión, uno por cada región del mundo, que tenía por mandato elaborar el borrador de Declaración y escuchar los planteamientos de las delegaciones indígenas. Este “Grupo de Trabajo” sesionó durante más de 10 años y su primer presidente fue el profesor noruego, Ashborn Eide; luego fue, durante largos años, la experta griega Erika Irene Daes y finalmente terminó el cubano Miguel Alfonso Martínez. El Grupo de Trabajo tuvo una importancia pedagógica enorme y dado que existía un “Fondo Fiduciario” que otorgaba pasajes y viáticos a los dirigentes que viajaban a Ginebra, se transformó en un Foro Indígena como no ha existido otro.

Durante más de 10 años el Grupo de Trabajo redactó pacientemente el borrador de Declaración, tropezando en las mismas piedras que había conflictuado al Convenio 169 de la OIT. Los países y sus delegaciones observaban las discusiones entre los delegados indígenas, sonreían y no se pronunciaban. La Subcomisión lo aprobó en 1998 enviándolo a la Comisión para su pronunciamiento. La Comisión lo envió a un Grupo de Redacción o sub comité formado por países interesados, lo que hizo que este borrador primero se empantanara y, segundo, se viera torpedeado totalmente. En casi 10 años de sesiones¹² el texto se enredó,

dio todo tipo de vueltas, se cambió sin sentido ni lógica, en fin, se hizo pedazos. Hay artículos que finalmente fueron aprobados que son ininteligibles y algunos ridículos. Se producía en esos años una fuerte crítica a las Naciones Unidas, mediados de los dos mil y, entre “gallos y medianoche”, el nuevo denominado Comité de DDHH, que supuestamente reemplazaba y superaba a la “Comisión de DDHH”, aprobó un texto apresurado. Pasó sin análisis de ninguna especie a la Asamblea General de las Naciones Unidas la que lo aprobó el año 2007 en la ciudad de Nueva York. Un sector de la burocracia indígena internacional consideró que se trataba de un triunfo de sus demandas y muchos otros, incluyendo expertos independientes, consideramos que se trataba de una gran derrota¹³.

La declaración del año 2007, (y en el mismo sentido la Declaración Inter americana de los Derechos de los pueblos indígenas recientemente aprobada después de una década y casi dos, de debates inútiles), establece una cantidad florida de derechos que al no poseer mecanismos de control, operación, evaluación, entre otros, se han vuelto no solamente impropicios sino fuente de conflictos y violencia.

En primer lugar no hay ningún intento de establecer sistemas de obligaciones básicas. La Declaración por su carácter mismo no obliga a las partes; sin embargo, no hay y al parecer no habrá, sistemas de seguimiento como son los que existen en el Comité de Derechos Humanos, en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en el de la Mujer, en el del Niño, etc.¹⁴. Hasta hoy todo lo que se ha hecho en estas materias ha resultado infructuoso.

En segundo lugar, la construcción de un Foro Permanente de los Pueblos Indígenas, fuera del

sistema de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha significado una pérdida lamentable y significativa, ya que ese espacio ganado por los indígenas, no se ha logrado transformar en una suerte de lugar de apelación del nivel nacional al nivel internacional. El antiguo Grupo de Trabajo de Ginebra, sin poseer ninguna capacidad establecida, se había transformado en un espacio de debates, de quejas (*complaints*), de acusaciones a los Estados, lo que le otorgaba una importancia política evidente, aunque sin seguimiento jurídico¹⁵. La idea inicial de un Foro Permanente era que fuese el mecanismo de seguimiento de la Declaración Internacional, lo que habría tenido sentido. Sin embargo, muy rápidamente se pudo observar que el traslado desde los Derechos Humanos al ECOSOC de Nueva York era solamente pirotecnia, la que fue criticada por muchas personas involucradas pero del mismo modo por los países y finalmente contó con el consentimiento de las dirigencias indígenas internacionales. Por su parte, tal como se ha dicho, el antiguo Grupo de Trabajo que sesionaba en Ginebra fue cambiado por un ente denominado Mecanismo de Expertos, que no se sabe muy bien cuál es su mandato y que ha servido de espacio de conflictos para las dirigencias. En los casi ya 10 años que lleva no hay ningún informe o documento que llame la atención o sea digno de recuerdo.

El Relator Especial para los pueblos indígenas, hoy relatora, Victoria Taulis de las Filipinas, es la única figura o entidad capaz de recibir comunicaciones en el lenguaje de la ONU, o demandas o quejas, de atropellos a los derechos indígenas. Pero como es un cargo unipersonal, no siempre tiene las posibilidades de llevar adelante las causas. Ha habido tres relatores. El primero el mexicano y recién fallecido intelec-

tual, Rodolfo Stavenhagen, el segundo el profesor de la Universidad de Arizona, James Anaya y actualmente la citada relatora. Ante la ausencia de instancias, Anaya propuso una oficina de reclamos que sesionaba marginalmente en los días del Foro Permanente. No hay debate público, no hay manifestación documentada y pública de quejas, en fin, el sistema mundial ha acallado la cuestión indígena casi absolutamente. Es un caso notable de “triumfo a lo Pirro”, se vota favorablemente en la Asamblea General la Declaración Universal, se constituye un Foro Permanente en Nueva York, se establece un Relator Especial, y se logra acallar el tema de manera casi absoluta, como bien lo ha señalado James Anaya en la nota de pie de página que acompaña este texto.

Las consecuencias de este tinglado son muy graves. Los conflictos se han generalizado en América Latina como consecuencia, por un lado, de la conciencia de los derechos y, por el otro, por la ausencia de mecanismos regulatorios. Surge en forma concomitante en América Latina la “emergencia de los pueblos indígenas” y al mismo tiempo la expansión acelerada del *capital extractivista*. Los espacios del extractivismo suelen ser en la mayor parte de los casos, los lugares de habitación y territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Represas hidroeléctricas, prospecciones petroleras, minería, caminos de penetración, en fin, una expansión de las fronteras del capital que amenaza seriamente la vida de las comunidades. Las consultas, como ya hemos dicho, son por lo general mentirosas y manipuladoras; no hay información a las comunidades y cuando las hay y ellas se oponen, se hace caso omiso a las resoluciones negativas.

Como consecuencia de este vacío jurídico se ha producido una “judicialización extrema” de los conflictos indígenas con empresas y entida-

des *extractivistas* y con los Estado que apoyan estas actividades comerciales. La mayor parte de los juicios a nivel nacional termina en contra de las comunidades o pueblos indígenas ya que los mecanismos, como se ha dicho, son inexistentes en la mayor parte de los casos. Es por ello que “*suben*” a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos que opera en San José de Costa Rica y allí deben ser declarados casos “*admisibles*” o no admisibles. Cuando no son rechazados por la Comisión pasan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos instalada en Washington, no sin antes proceder a sistemas de conciliación o mediación que tienen una duración muy prolongada. Mientras tanto las obras en el terreno avanzan sin ninguna posibilidad de dar un paso atrás¹⁶. La admisibilidad de la Comisión no se fundamenta en instrumentos propiamente indígenas sino en el Pacto de San José que, siendo un Pacto genérico de Derechos Humanos y vinculante, permite comprender cuando hay violaciones, lo mismo en los juicios que se ventilan en la Corte.

Las resoluciones de la Corte Interamericana han resultado en los últimos años muchas veces a favor de las reclamaciones indígenas y otras tantas veces han sido condenados los Estados. Ha habido algunos casos de indemnizaciones y propuestas de reparaciones. Sin embargo es tan largo el proceso que por lo general no hay vuelta atrás¹⁷. Al no existir por parte de la Corte un sistema de exigencias (“imperio”), ni tampoco un sistema real de sanciones a los Estados (salvo la moral), la mayor parte de las veces las resoluciones y fallos quedan en el aire. En este último caso el Estado de Chile ha sido condenado en varias oportunidades y no ha habido ni modificaciones legislativas, ni actos simbólicos de reparación, ni siquiera un aviso destacado en los periódicos.

En tercer lugar el concepto de autonomía como expresión específica del derecho a la libre determinación se ha quedado sin sustento jurídico. Luego del 2007 no ha habido ningún proceso nuevo de “autonomía de los pueblos indígenas” en ningún país latinoamericano. Todos ellos ocurrieron con anterioridad a la Declaración, lo que habla de su ambigüedad, debilidad y falta de eficacia. La explicación que analizamos es que el concepto de autonomía quedó cargado de tal cantidad de derechos declarativos, que al hacérselos efectivos harían imposible el funcionamiento práctico de los procesos sociales.

En especial el modelo de autonomía se dibuja sobre territorios homogéneamente culturales y étnicos y no sobre aquellos de carácter mixto que son la mayoría de los territorios indígenas de América Latina. La influencia de las dirigencias indígenas anglo sajonas fue determinante sobre este concepto. Por una parte las relaciones entre la corona británica y los hoy denominados pueblos indígenas, fue normada por tratados. Es bien sabido que ello no ocurrió en América Latina con la excepción de los Parlamentos entre la corona española y los en ese entonces denominados “Araucanos”. El modelo anglo sajón norteamericano le ha otorgado autonomía a las “reservaciones”, en las que no se cobran impuestos como en el resto del país; en donde hay policía organizada por la reserva y con el apoyo del *Bureau of Indians Affairs*; donde hay museos, escuelas auto gestionadas y, sobre todo, donde se han instalado “Casinos” que le entregan a las reservas un ingente presupuesto. Son espacios territoriales donde la población es casi absolutamente homogénea y de origen étnico semejante. No es muy diferente a lo que ocurre con los Inuit en Canadá, los Saami en Noruega, los Inuit de Groenlandia

en Dinamarca y numerosos otros territorios en Australia y Nueva Zelanda, que tienen poblaciones reducidas y homogéneas. En América Latina el modelo ha podido ser seguido en muy pocos casos, como son las “Comarcas” de Panamá, siendo la Kuna la mayor conocida, los “Resguardos” de Colombia en menor medida, la Costa Atlántica en una autonomía más regional que étnica y muy pocos otros espacios. La autonomía relativa de la Federación Shuar en Ecuador ha terminado con el ingreso de tanques y tropas hace menos de un año y numerosos líderes presos. En definitiva se aprobó el concepto de “autonomía política” como la forma de la libre determinación en el caso de los pueblos indígenas, pero no se ha diseñado ningún mecanismo de modo de resolver mínimamente el camino autonómico en los casos de poblaciones mixtas, en que conviven pueblos indígenas con mestizajes tanto dentro como fuera de las comunidades.

El conflicto generalizado.

El carácter conflictivo que ha asumido en este último período la cuestión indígena en América Latina es consecuencia entre otros factores, de una contradicción entre la auto conciencia de derechos (*La emergencia indígena en América Latina*), y las dificultades crecientes para ejercerlos.

La hipótesis es sencilla y señala que los Pueblos Indígenas se han transformado en la barrera de contención de la expansión del capitalismo extractivista que caracteriza a las economías latinoamericanas. Esto no es comprendido ni por los gobernantes, ni por las empresas tanto nacionales como extranjeras. No es casualidad que los gobiernos de tinte incluso progresis-

tas, Perú, Brasil, Bolivia, Ecuador, se han visto sobrepasados por conflictos étnicos a veces de alto grado de violencia y de consecuencias fatales. El carácter simbólico de estos procesos es evidente, sobre todo porque muchos de esos gobernantes llegaron al gobierno investidos de una suerte de aurea indigenista y con discursos que trataban de señalar la importancia de ser partes de ese conglomerado ancestral.

El camino no es evidente ni mucho menos despejado. Las élites gubernativas, las de carácter internacional y muchas veces las burocracias indígenas internacionales, han construido una suerte de alianza implícita en que no se quiere tocar nada y se deja todo al silencio

de los medios de comunicación. Lamentablemente para ellos las redes sociales se llenan de denuncias, de víctimas, de héroes, hombres y mujeres, en fin, se crea un ambiente del que no dan cuenta las instituciones y legislaciones.

El derecho tiene por objeto principalmente reducir los conflictos humanos, los intereses contrapuestos, hacer justicia, en fin, construir sociedades más humanas, más pacíficas, más dialogantes y menos violentas. Lo que concluimos es que el derecho internacional de los pueblos indígenas está fallando de manera manifiesta, y no está siendo capaz de regular, los conflictos y por tanto se abre un horizonte altamente peligroso y no deseable.

Notas

¹ Mamita YUNAI, habría sido la forma que los indígenas denominaban a la United Fruit Company.

² Conferencia Internacional del Trabajo. 75 período de sesiones. 1988. Revisión Parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (num. 107) Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Se trata de las Actas de las sesiones en que se aprobó el Convenio 169. Para quien se interese de este proceso se sugiere la lectura del documento “*Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en países independientes*”, preparado por Naciones Unidas, FAO, UNESCO, OMS. OIT. 1956, que es uno de los primeros documentos globales sobre la situación indígena. Por el interés del tema hay que señalar que en 1984 se produce un documento de la OIT titulado, “*Social and economic effects of petroleum development programmes*”, con un capítulo especial sobre las consecuencias de la actividad petrolera sobre las poblaciones indígenas, como se denominaba en ese tiempo. (OIT/NOR/79/INT/20. Ginebra. 1984.)

³ Es preciso recordar que la OIT está compuesta por tres partes, Gobiernos, Empresarios y Trabajadores. Chile como Gobierno rechazó totalmente las modificaciones y en las actas aparece también el representante de los empleadores, Sr. Illanes, rechazando prácticamente todo el Convenio. No tenemos antecedentes del comportamiento de la representación laboral chilena.

⁴ Esta sentencia es difícil de comprender y muchos han creído que es una suerte de absurdo, como que los indígenas no fuesen seres humanos; la cuestión es otra: al señalarse que gozan de “*todos los Derechos Humanos*” se entiende que son depositarios de lo señalado en los Pactos, esto es, el derecho a la libre determinación. La fórmula se repetirá en varios otros instrumentos.

⁵ Hubo un largo debate para calificar a unos como Pueblos Indígenas y a otros como parte de un sistema “tribal”. Es el caso del Magreb, de la India, y muchas otras partes del mundo en que si bien no se reconoce a esos grupos el carácter de “indígena” sí se les reconoce una cierta especificidad, como se dice en la India, “grupos fuera de castas”. Se usó, por eso mismo, el término tribales en vez de tribales.

⁶ La crítica central al Convenio 107 era su carácter “integracionista”, esto es, que buscaba la asimilación rápida de los indígenas. Este artículo produce un movimiento hacia una mayor autonomía en el desarrollo de los Pueblos Indígenas.

⁷ En honor a la verdad histórica es preciso señalar que solamente el IWF de Dinamarca, una ONG especializada en asuntos indígenas, fue la única voz que rechazó y criticó esta salvaguarda.

⁸ En Naciones Unidas los países o naciones sin Estado, esto es, las naciones colonizadas que son aceptadas en el Comité de descolonización, tienen un asiento en las sesiones, pueden tener embajadas, en fin, tienen un status especial. Ha sido el caso de Timor Oriental, de la República Saharahuí y de otros “pueblos sin Estado”.

⁹ El caso del Fundo Tantauco y la consulta para hacer el camino de acceso en Huequetrumao, Chiloé, es un ejemplo paradigmático.

Se hizo la consulta la que fue rechazada por la comunidad histórica y por tanto representativa de la comunidad huilliche. Al ser rechazada se organizó otra “comunidad indígena” formada en su mayoría por personas que no viven en el lugar y las que fueron pagadas para firmar el permiso de tránsito al Parque de Tantauco por medio de las tierras de la comunidad. Por supuesto la primera se opuso, cortó los caminos, vino la policía, hubo enfrentamientos, presos, etc.. Ver Documental “Huequetrumao. Memorias de una comunidad Huilliche”, de José Bengoa: <https://www.youtube.com/watch?v=SnmGozA2Cqw>.

¹⁰ El caso de la represa Ralco y la promesa del “caballo ensillado”, es un ejemplo de perversión en materia de “consulta indígena”. Para lograr finalmente la construcción de la represa los comuneros debían firmar el *consentimiento*, tal como dice el Convenio. Se les ofreció tierras sustitutivas en diversas partes tales como el Fundo El Barco en las alturas de la Cordillera. También se les ofrecieron animales, entre las distintas ofertas estaba un “caballo ensillado”, esto es una cabalgadura con todos sus aperos. Es bien sabido que en la cultura popular rural en Chile, es la oferta que le hace el demonio al campesino de modo de entregarle su alma, al estilo de un Fausto criollo. El profesor Domingo Namuncura reunió a quienes habían firmado y junto a un notario, un traductor y un registro de video, les leyó lo que habían firmado, ante el espanto y dolor de los indígenas Pehuenches, la mayor parte de ellos analfabetos y muchos de ellos monolingües. Por cierto que los habían engañado con la oferta diabólica del “caballo ensillado” (Namuncura, 1998).

¹¹ El ex Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, profesor James Anaya, escribió en uno de sus últimos informes sobre la consulta del Convenio 169, que en su párrafo número 37 señala: “No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio N° 169 de la OIT afirma que: “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Si bien las implicaciones del deber de celebrar consultas son numerosas y variadas, el Relator Especial se ha referido durante el último año a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. El Relator Especial dedicará el resto del informe a reflexionar sobre algunos aspectos del deber de celebrar consultas y de su aplicación pertinentes a problemas que ha enfrentado, con lo que espera aportar aclaraciones y orientaciones útiles.”. A/ HRC/12/34 del 15 de Julio de 2009. Consejo de Derechos Humanos 12º período de sesiones.

¹² Se denomina a este tipo de instancias, “Grupo de Trabajo abierto”, ya que no hay miembros estables y puede asistir

cualquier representante de países miembros. La mayoría de estos representantes eran diplomáticos y sabían muy poco o nada de la cuestión indígena. En algunos casos hubo delegados de muy bajo nivel en la diplomacia de sus propios países que creyeron que oponerse a todo les daría buenos réditos. Leer esas actas es penoso ya que se expresaron todos los estereotipos existentes. Los dirigentes indígenas de las ONG acreditadas podían asistir a esos debates pero su participación era casi nula. La cuestión se enredó mucho más con la presencia asiática y africana que rechazaban la existencia de indígenas en sus países, sin embargo no se aceptó la definición precisa y técnica del Relator Martínez Cobo que solamente acreditaba el carácter de indígena a los grupos humanos conquistados y colonizados por potencias transatlánticas.

¹³ En este caso Chile votó favorablemente en la Asamblea General, al igual que muchos países que sabían que votaban por una letra muerta.

¹⁴ El Informe del Relator James Anaya en su artículo 22, señalaba el 15 de Julio de 2009: "Asimismo, en abril de 2009 el Relator Especial fue invitado a Chile para que evaluara la situación de los pueblos indígenas como seguimiento de la visita hecha al país en 2003 por su predecesor (Rodolfo Stavenhagen). Si bien persisten muchos de los problemas de los pueblos indígenas en Chile, el Gobierno adoptó el año pasado importantes medidas para promover la protección de esos derechos, entre ellas la ratificación, en septiembre de 2008, del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), y el compromiso de promulgar reformas constitucionales para reconocer y promover los derechos de los indígenas. Teniendo presente el proceso de reforma constitucional, el Relator Especial elaboró un informe que presentó al Gobierno, y que posteriormente se publicó, en el que se describen y analizan los diversos elementos aplicables del derecho de consulta y se presentan ejemplos de

mecanismos de consulta utilizados en otros países. El Gobierno ha iniciado consultas con los grupos indígenas de Chile en relación con el proceso de reforma constitucional, y el Relator Especial sigue vigilando el progreso de las consultas". A/HRC/12/34 página 9. 2009.

¹⁵ El Informe de James Anaya señalado establece en su punto 8, lo siguiente: "En el desempeño de su labor el Relator Especial ha constatado un elevado nivel de confusión entre los grupos indígenas, las ONG y otras partes interesadas en relación con los papeles y funciones respectivos de los tres mecanismos, así como con su lugar en la estructura institucional de las Naciones Unidas. Proporcionar formación continua acerca de los mandatos y funciones de cada uno de esos mecanismos es esencial. El *Foro Permanente* de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas fue establecido en 2000 como órgano asesor del Consejo Económico y Social con el mandato de prestar especial atención a las cuestiones indígenas en las esferas del desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones indígenas está integrado por 16 expertos y se reúne una vez al año durante dos semanas en Nueva York. El *Mecanismo de expertos* sobre los derechos de los pueblos indígenas, que celebró su primer período de sesiones anual en octubre de 2008, está integrado por cinco expertos encargados de proporcionar al Consejo de Derechos Humanos conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas, centrados principalmente en estudios y asesoramiento basado en la investigación (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 a).

¹⁶ El autor ha sido "*Amicus Curiae*" de varios casos de presentación ante la Comisión y Corte Interamericana y ha podido apreciar estos fenómenos.

¹⁷ En el caso de Pascual Pichún, este murió antes que se dictara la sentencia (Bengoa, 2014).

Referencias bibliográficas

Bengoa, J. (2014). *Mapuche, colonos y el Estado nacional*. Santiago: Catalonia.

Martínez Peláez, S. (1987). *La patria del Criollo*. México: Centro Editor para América Latina.

Namuncura, D. (1998). *Ralco, represa o pobreza*. Santiago: Ediciones LOM.

OIT/NOR/79/INT/20, Actas de Sesiones OIT. (1984). Ginebra.

OIT/CONVENIO 169/FOLLETO DE DIFUSIÓN. (2012). Ginebra.