

Indígenas: Convenios internacionales y legislación nacional

Francisco Díaz Garaycoa

No es nuevo el interés por las llamadas poblaciones indígenas y sus problemas. A lo largo de siglos, por distintos medios se han expresado preocupaciones por la situación de injusticia en la que generalmente se desenvuelven. Sus problemas han dado lugar en el pasado a diversas manifestaciones, en particular en la literatura y en la pintura, de denuncia y protesta. Son innumerables las obras en las cuales se describe con desgarrador estilo el dolor de los indígenas. Basta citar en nuestro país la novela *Huasipungo* de Jorge Icaza o la producción pictórica y muralista de Guayasamín y Kingman, quienes siguieron la huella de maestros mexicanos como Orozco, Rivera, Alfaro Siqueiros.

En el campo político el tema ha concitado la constante atención de los foros nacionales e internacionales, los cuales han producido múltiples documentos y proclamas dirigidos a protestar por las injusticias y postergaciones de estas poblaciones y a procurarles medios de protección y apoyo.

En las últimas décadas, tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como distintas oficinas a ella vinculadas, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO-, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación -FAO-, la Organización Mundial de Salud -OMS- y la Organización Internacional del Trabajo -OIT-,¹ aprobaron instrumentos de alcance internacional que expresan la preocupación por la temática y proponen medidas para brindar garantías especiales a las minorías indígenas existentes.

La amplitud del tema volvería muy difícil abarcarlo en sus diferentes facetas; incursión que tampoco correspondería a una revista especializada en cuestiones jurídicas, como *Iuris Dictio*, de allí que optaremos por enmarcar este artículo en el plano jurídico y, dentro de él, en la legislación internacional, en particular los Convenios y Declaraciones de la OIT. A partir de ese análisis nos adentraremos en la problemática del indigenismo ecuatoriano, sus logros en el plano jurídico, sus reivindicaciones y demandas.

Previamente es conveniente recordar que, en materia etnológica el término indígena está vinculado con el poblador autóctono de aquellos territorios ocupados en su época por una potencia o metrópoli, ya sea a través de la conquista o de otras formas de dominación; y que, luego de la independencia del respectivo país, sus descendientes conservan las costumbres, tradiciones y formas de vida de sus remotos antepasados.

El afán de encontrar nuevas rutas marítimas, en algunos casos, o el deseo de expandir sus dominios, en otros, llevó a las llamadas potencias o metrópolis a aventurarse en territorios hasta entonces desconocidos o inexplorados, la mayoría de los cuales contaban con poblaciones autóctonas, las

cuales fueron colonizadas con la consiguiente transmisión de valores e instituciones políticas, culturales, religiosas, en sustitución de las suyas originales. Este mestizaje condujo a la virtual desaparición de los indígenas y de su patrimonio cultural.

Pero, la simbiosis no fue plena y total ya que, en buena parte de los países surgidos de las antiguas colonias, se mantuvieron núcleos humanos de mayor o menor dimensión en los cuales permanecieron intactos la casi totalidad de valores, instituciones y costumbres anteriores a la presencia de la metrópoli. De esas poblaciones, generalmente minoritarias, es de las que tratan los convenios y las legislaciones, sobre el indigenado con distintos enfoques o concepciones.

La OIT y los indígenas

Objetivo fundamental y permanente de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- es la creación de un marco legal de validez universal, en el cual se conciba al trabajo como un valor humano protegido por mecanismos legales y reconocido como una aportación invaluable para alcanzar el bienestar del hombre. Bajo este precepto, la OIT ha dedicado especial atención a la protección de aquellos segmentos considerados más débiles dentro de la sociedad, como las mujeres y los niños. Hacia ellos estuvieron dirigidas las primeras convenciones aprobadas por la organización, y continúan mereciendo el interés de sus órganos.

Convenios Internacionales Nos. 107 y 169

Uno de los grupos merecedores de la preocupación de la OIT ha sido el de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, cuya situación social y económica les impide beneficiarse plenamente de los derechos y oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población. Esta realidad llevó a la OIT a adoptar, en el año 1957, el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, el que representa un aporte fundamental para alcanzar la protección de las poblaciones concernidas.

El contenido de este Convenio tiene como principal orientación el procurar la integración progresiva de los indígenas en sus respectivas colectividades nacionales. Paralelamente persigue el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los indígenas.

Es muy importante tener en cuenta el propósito integracionista del Convenio No. 107, pues tal concepción difiere en forma sustancial de los objetivos del Convenio No. 169, adoptado en el año 1989, esto es 32 años más tarde, por la propia OIT, conforme examinaremos más adelante.

El Convenio 107 consta de 37 artículos; de ellos los primeros 29 contienen regulaciones, mientras los 8 finales son meramente operativos. El Convenio está dividido en seis partes, a saber: Principios Generales; Tierras; Contratación y Condiciones de Empleo; Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales; Seguridad Social y Sanidad; Educación y Medios de Información; Administración; y, Disposiciones Generales.

Ámbito

El artículo 1 señala a quiénes se aplica el Convenio, esto es, define el ámbito del mismo; para el efecto indica que alcanza:

A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, 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 de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.

Añade la disposición que, a los efectos del Convenio, el término *semitribal* comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional.

Integración

El artículo 2 define con claridad el propósito esencial, al señalar que *Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.* El literal c) del párrafo 2 del mismo artículo precisa que esos programas deberán comprender medidas *...que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones.*

El Convenio cuida que la integración se produzca en forma progresiva, mediante acciones para mejorar las condiciones económicas y culturales; desecha las acciones forzadas y las medidas artificiales o impuestas. En todo caso, promueve la asimilación y, con ello, busca que las diferencias desaparezcan o se reduzcan de manera paulatina; admite que, en forma temporal, se apliquen medidas especiales de protección, pero garantiza que ellas no se constituyan en discriminación en contra de los derechos generales de la ciudadanía (art. 3).

Respeto

El art. 4 señala que al aplicar las disposiciones del Convenio relativas a la integración, se deberán tener en conside-

ración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico.

Por su parte el art. 5 remarca que los gobiernos deberán buscar la colaboración de las poblaciones en cuestión y de sus representantes al aplicar las disposiciones relativas a la protección e integración.

Por otro lado, el art. 7 ordena que, al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión, se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario. Así mismo, dicho artículo manda que poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.

En cuanto a la aplicación de penas por infracciones cometidas por miembros de dichas poblaciones, el art. 8 señala que, en la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país, deberán ser utilizados en todo lo posible sus métodos de control social.

Sobre la misma materia punitiva, el art. 10 señala que al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

De las mencionadas disposiciones del Convenio fluye que sus autores buscaron asegurar el respeto a las instituciones y valores culturales de las poblaciones protegidas, sin perjuicio de promover su integración o asimilación.

Tierras

La Parte II del Convenio regula un aspecto fundamental en la vida de las poblaciones indígenas, cual es el reconocimiento al derecho de propiedad colectiva o individual sobre las tierras tradicionalmente ocupadas (art. 11).

También se prohíbe trasladar 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 (art. 12).

A su vez, el art. 13 señala que deberán respetarse los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones, en el marco de la legislación nacional y mientras no obstruyan el desarrollo económico y social del país.

Las demás Partes del Convenio atienden principalmente aspectos vinculados con los objetivos laborales directos de la OIT, como el Empleo, la Seguridad Social y la Formación Profesional como medios para elevar los niveles de vida de las poblaciones, pero sin afectar sus valores culturales ni incurrir en discriminaciones, positivas o negativas, salvo en cuanto las primeras surjan de la aplicación temporal de medidas especiales de protección y promoción.

Por último, el Convenio regula aspectos relacionados con la Salud y la Educación, con especial mención, en el último aspecto, de cuidados especiales para evitar choques culturales; se incluye una referencia expresa a la transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional o a una de las lenguas oficiales del país, sin perjuicio

de conservar las primeras. En todo caso, se contempla la necesidad de enseñar a los niños de las poblaciones en cuestión a leer y escribir en su lengua materna.

El Convenio 107 (1957) fue ratificado por 27 miembros de la OIT; la organización cuenta en la actualidad con alrededor de 180 integrantes. Ecuador ratificó oportunamente este Convenio; también lo hicieron Argentina, Brasil, Bolivia, Cuba, México, Panamá, entre otros países de la región latinoamericana. A raíz de la entrada en vigor del Convenio 169 (1989), para aquellos países que lo ratificaron tal decisión significó que, *ipso jure* denunciaban el Convenio 107, efecto jurídico contemplado expresamente en el art. 43 del nuevo Convenio.

Convenio No. 169 de la OIT

En junio de 1989, la Asamblea General de la OIT aprobó la Convención No. 169, denominada *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, cuya orientación difiere de manera radical del Convenio 107. Así lo señala en forma expresa uno de sus considerandos que dice: ... *Que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.*

En otro considerando se expresa lo siguiente: *Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.*

No puede estar más claro que los propósitos del nuevo Convenio se orientan a fortalecer la identidad de las poblaciones indígenas, dejando a un lado la *orientación hacia la asimilación* que caracteriza el Convenio 107; por ello se explica el efecto *ipso jure* de denuncia del Convenio 107 conferido a la ratificación del 169. Se trata, pues, de una revisión expresa del Convenio 107, conforme se señala en otro de los considerandos del nuevo convenio.

El Convenio 169 consta de 44 artículos divididos en 10 Partes; de ellos 35 son de carácter regulatorio y, los demás meramente declarativos. Las Partes tienen las mismas denominaciones que las correspondientes del Convenio 107, salvo una nueva que se denomina Contactos y Cooperación a través de las Fronteras (VII), cuyo único artículo ordena a los gobiernos conceder facilidades para que se produzcan dichos intercambios.

Ámbito

El Convenio nuevo se aplica a los mismos actores o beneficiarios del 107, pero introduce el uso del término *pueblos* en lugar de *poblaciones* utilizado en el que revisa. En todo caso, se deja en claro al final del artículo 1 que la utilización del término *pueblos* 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. En todo caso, la insistencia en incluir el término demuestra el afán de los promotores de los cambios por ampliar los alcances del Convenio.

También se incluye un párrafo para recalcar que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (Art. 1 .2). Se trata del reconocimiento a un estado de ánimo más que la existencia objetiva de las condiciones requeridas para determinar la condición de indígena. Ello puede llevar a ampliar en demasía la aplicación del Convenio y extenderlo hacia grupos de campesinos mestizos que procuren acogerse a su amparo, según las conveniencias.

Participación

Dentro de la misma Parte I resalta el énfasis puesto en el nuevo Convenio a la participación de los pueblos interesados en las distintas acciones que deben cumplir los gobiernos para la protección de sus derechos. Esta es una clara diferencia respecto al Convenio 107, en el cual esa participación es mucho más limitada y esporádica. A ello se añade la constante utilización de la consulta a los pueblos interesados, como cuestión previa para la aplicación de las disposiciones del Convenio. Los artículos 2 .1, 6 y 7 son reiterativos en señalar la necesidad de la participación, consulta y decisión de prioridades. De esta forma, se confiere a los pueblos indígenas un papel protagónico y no el de simples receptores de las decisiones de los gobiernos.

El apartado I del art. 2 del Convenio dice lo siguiente: *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*

Por su parte, el art. 6 ordena que al aplicar las decisiones del Convenio los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

El art. 7 establece que 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.

El propio art. 3 en su apartado 4 dispone que los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. Esta referencia al tema ecológico constituye una novedad y ha servido de fundamento para las reivindicaciones de los pueblos interesados en materia de preservación y cuidado ambiental.

Tierras

Como innovación principal en esta Parte del Convenio (II), cabe mencionar la utilización del término *territorios* como sinónimo de tierras y la precisión de que el concepto de territorios cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera (art. 13 punto 2).

A más de reconocer el derecho de propiedad y tener posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos interesados (art. 14), el nuevo Convenio enfatiza el reconocimiento a sus derechos, a los recursos naturales en sus tierras, incluyendo la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El apartado II del art. 15 establece que: *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.*

La disposición antes referida representa un avance significativo para los pueblos indígenas con relación al Convenio 107, el cual centraba la protección en el derecho de propiedad colectiva.

Las demás partes del Convenio referentes a materias laborales, de empleo, formación profesional y seguridad social, reproducen básicamente las garantías contenidas en los correspondientes del Convenio 107, con énfasis especial en la participación y consulta a los pueblos interesados.

El Convenio 169 ha recibido 14 ratificaciones hasta el término del año 2000. Entre los países ratificantes, a más de Ecuador, se encuentran Argentina, Colombia, Bolivia, Guatemala, México y Perú. De otras regiones ha sido ratificado por Dinamarca, Noruega y los Países Bajos.

En más de una década de vigencia del Convenio, son numerosas las quejas presentadas ante los órganos de control de la OIT por grupos calificados como *indígenas*, dirigidos a alcanzar se observe a sus respectivos gobiernos por supuestos incumplimientos del Convenio, particularmente en temas relativos a las tierras o territorios sobre los cuales alegan tener derechos.

El análisis efectuado sobre los Convenios 107 y 169 de la OIT, permite concluir que en la actualidad prevalece un marco jurídico orientado principalmente al respeto de la identidad de los pueblos aborígenes, sin perjuicio de promover su acceso sin discriminación económica al goce de las instituciones jurídicas, culturales y sociales existentes en los respectivos países de los cuales forman parte.

En todo caso, es necesario resaltar que uno y otro Convenio dejan siempre a salvo que el reconocimiento de los derechos en favor de los pueblos indígenas no incluye reivindicaciones que afecten su condición de integrantes de los respectivos Estados ni significa que los pueblos interesados queden al margen del ordenamiento jurídico general que rige en dichos Estados.

De manera que no procede invocar los convenios de la OIT como antecedente válido para promover acciones separatistas o para propiciar el desconocimiento del orden jurídico establecido. Lo que buscan dichos convenios es conciliar los valores, tradiciones y costumbres de los pueblos concernidos con las instituciones del Estado al cual forman parte.

El Convenio 169 y Latinoamérica

Los movimientos internacionales a favor de la causa indígena que llevaron a la expedición del Convenio 169 fueron precedidos de intensas acciones de promoción en los distintos países de Latinoamérica, en particular en aquellos que cuentan con una numerosa población autóctona, como Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, México y Guatemala. Se podría decir que esa promoción preparó el camino, tanto para crear organizaciones nacionales y regionales de indígenas, como para generar una conciencia social alrededor de la temática. De esta forma se facilitó que una vez aprobado el Convenio 169, y aún antes de ello, en la mayoría de los países de la región aparezcan debidamente estructuradas las organizaciones de indígenas, como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador -CONAIE-, con propuestas y reivindicaciones definidas y con exigencias para la ratificación del Convenio No. 169 y la expedición de una legislación nacional que desarrolle sus preceptos.

La innegable justicia de la causa indígena y la crónica inestabilidad política de los países de la región facilitó para que las demandas sean recogidas no solo en leyes secundarias, sino en nuevos textos constitucionales de Perú, Colombia, Venezuela y Ecuador, por solo citar a países andinos, en todos los cuales por coincidencia se expidieron nuevas constituciones durante la última década del siglo pasado, que incluyeron capítulos expresos relativos a los indígenas, sus derechos y garantías.

Colombia

Luego de muchas décadas de vigencia de su anterior Constitución, en 1991, Colombia aprobó una nueva Constitución Política,² en la cual se incluyeron varias disposiciones referidas a los indígenas, sus territorios y derechos.

Dentro de la Organización Territorial de Colombia, el artículo 286 de la Carta Política incluye a los *territorios indígenas*, como entidades territoriales junto con los departamentos, los distritos y los municipios. Sin embargo, el art. 102 señala que *el territorio, como los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la nación.*

El artículo 329 señala que *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.*

Por otra parte, el art. 330 dispone que *...los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:*

- 1) *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.*

- 2) *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.*
- 3) *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.*
- 4) *Percibir y distribuir sus recursos.*
- 5) *Velar por la preservación de los recursos naturales.*
- 6) *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.*
- 7) *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional.*
- 8) *Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren.*

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Por otra parte, la Constitución contiene expresas referencias a la *nacionalidad colombiana*, sin contemplar ninguna otra acepción para el término nacionalidad que pueda conferirse a las poblaciones indígenas. El artículo 70 señala que *la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad*. Por su parte, el art. 78 establece que *los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural*.

El artículo 73 declara que *...las tierras comunales y grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables*.

Con relación a la justicia, el artículo 246 reconoce que *...las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República...*

Las normas constitucionales citadas son desarrolladas en una amplia legislación secundaria. Bien puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano recoge con fidelidad el espíritu y la letra del Convenio No. 169. En él se reconocen los derechos de los pueblos indígenas, pero sin afectar la unidad ni los demás elementos constitutivos de la Nación Colombiana.

Perú

En el año 1993, fue aprobada la vigente Constitución Política de la República del Perú,³ cuyo artículo 2 reconoce el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Además, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (No.19). El art. 43 proclama la unidad e indivisibilidad del Estado.

Los artículos 88 y 89 regulan de manera conjunta sobre las comunidades campesinas y nativas, pudiendo entenderse que el último término se utiliza para denominar a las poblaciones indígenas. En todo caso les garantizan la autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece, se agrega que la propiedad de sus tierras es imprescriptible,

salvo el caso de abandono. Por último se añade que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

En lo referente a la administración de justicia, el art. 149 señala que *...Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*

Sin contar con la amplitud de la normatividad colombiana, bien puede afirmarse que los preceptos constitucionales del Perú contienen similares reconocimientos a favor de los pueblos indígenas. Adicionalmente, existe una profusa legislación secundaria sobre la materia.

Venezuela

La actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue aprobada y entró en vigor en el año 1999;⁴ el Capítulo VIII del Libro II se denomina **De los derechos de los pueblos indígenas**, comprende los artículos 119 a 126. El primero de ellos dice así: *El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.*

El artículo 120 se refiere al aprovechamiento de los recursos naturales de los hábitat indígenas por parte del Estado. Se garantizará que se lo hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e igualmente, está sujeta a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

El artículo 121 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural; a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe.

El artículo 122 les reconoce el derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El siguiente artículo les reconoce el derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas. Otros artículos de este capítulo sirven para reconocerles el derecho a la propiedad intelectual (123) y, a la participación en política (125).

La Constitución no desarrolla normas referentes a derechos económicos, ni a participación de los pueblos indígenas en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales o del subsuelo.

Cabe resaltar que el artículo 126 precisa que los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. Añade la disposición que los pueblos indígenas tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

De esta forma, la Constitución venezolana hace expreso reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, pero deja en claro que tal reconocimiento y el ejercicio de los derechos se harán como parte indisoluble de la nación, a más de imponer a los pueblos interesados el deber de salvaguardar la unidad y soberanía nacional, de manera que no deja abierta ninguna posibilidad para suponer que, partir del reconocimiento, pueda producirse una secesión indígena que fracture el Estado indivisible.

Ecuador y el tema indígena

La proximidad con la problemática interna del país nos permitiría un recorrido mucho más amplio acerca del tema indígena en Ecuador, sin reducirnos a las referencias constitucionales conforme lo hemos hecho con otros países andinos. Sin embargo, por temor a crear una asimetría en el análisis global, que es el objetivo del presente estudio, nos limitaremos a revisar ciertos antecedentes principales y a señalar el ordenamiento legal vigente en el país.

Hito fundamental en la trayectoria reivindicativa es sin duda el llamado levantamiento indígena nacional de 1990, con el cual a juicio de los promotores, se *inicia una nueva época en el país, se reconoció a los indígenas un sitial como actores políticos (...) como actores colectivos dispuestos a defender su integridad, como pueblos o nacionalidades al amparo de un marco jurídico internacional que ventajosamente contempla principios universales idóneos que respaldan su lucha y demandas.*⁵

Una de las conquistas tangibles del levantamiento fue el reconocimiento del gobierno nacional de los territorios de algunas poblaciones de la región amazónica del país. Tal medida se adoptó en 1992, luego de aprobado el Convenio 169 de la OIT, pero seis años antes que Ecuador lo ratificara.

De igual manera, en 1996,⁶ se incorporó en la Constitución Política del Estado una declaración sobre el carácter multicultural y multiétnico del Estado ecuatoriano.

Los cambios políticos ocurridos en febrero de 1997, la caída del gobierno del abogado Abdalá Bucarám y su reemplazo por el doctor Fabián Alarcón como presidente interino, abrieron el camino para la convocatoria de una Asamblea Nacional encargada de elaborar y poner en vigencia una nueva Carta Constitucional. Esta decisión adoptada por plebiscito recogió las demandas de las organizaciones indígenas, las cuales propugnaban transformaciones radicales en las estructuras institucionales de Ecuador.

Las organizaciones indígenas y otros movimientos sociales elaboraron un proyecto de Constitución Política⁷ que fue sometido a la Asamblea Nacional; dicho proyecto contemplaba la sustitución del Estado unitario y la Nación única por un Estado plurinacional de corte federalista, con reformas en todas las instituciones y reconocimiento de derechos y de garantías, muchas veces de carácter especial, a favor de los indígenas.

La Asamblea Nacional encontró serios impedimentos para aceptar la propuesta de los indígenas, pero al no tener la fuerza necesaria para desecharlas, buscó una salida intermedia de gran peligrosidad, por la cual sustituyó el concepto de nacionalidad por el de ciudadanía. De esa forma, sin decirlo expresamente, desapareció de la Carta Fundamental

la tradicional *nacionalidad ecuatoriana* y, con ello, el concepto de Nación del cual aquella deriva para sustituirlo por el de *ciudadanía ecuatoriana*. (arts. 6 a 12).

La Asamblea Nacional no incorporó en la Carta Política la plurinacionalidad demandada por los indígenas; se limita a hacer una referencia eufemística a las nacionalidades indígenas en el artículo. 83 de la nueva Constitución que entró en vigor a partir del 10 de agosto de 1998. Dicho artículo dice así: *Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales.*

Menos mal que entre todas las piruetas realizadas, la Asamblea incluyó en el mismo artículo 83 una la declaración que integra a los indígenas al Estado único, lo cual, cabe reconocer, también consta en el proyecto de texto constitucional presentado por las organizaciones indígenas y movimientos populares.

Conviene tener en cuenta que el Convenio 169 no incluye en parte alguna el concepto de plurinacionalidad, solo avanza hasta la incorporación al texto del término *pueblos*. De manera que la propuesta de las organizaciones indígenas ecuatorianas va mucho más allá del propio instrumento internacional.

El Convenio 169 y la legislación nacional

El Estado ecuatoriano, a través del Congreso Nacional, aprobó el día 14 de abril de 1998, el Convenio 169; la resolución se publicó en el número 304 del Registro Oficial, correspondiente al 24 de los mismos mes y año. La ratificación fue comunicada a la OIT mediante nota del 15 de mayo de 1998.

La nueva Constitución Política,⁸ hoy vigente, incorpora diversas disposiciones relacionadas con los pueblos indígenas; el capítulo 5 del título III, se denomina De los Derechos Colectivos; la Sección Primera está dedicada a los pueblos indígenas y negros, comprende los artículos 83, 84 y 85; el primero de ellos lo hemos transcrito anteriormente.

El art. 84 está dedicado exclusivamente a los derechos colectivos reconocidos a los indígenas, su texto dice así: *El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*

- 1) *Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.*
- 2) *Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.*
- 3) *Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.*
- 4) *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
- 5) *Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos*

- proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
- 6) Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
 - 7) Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
 - 8) A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
 - 9) A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
 - 10) Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
 - 11) Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.
 - 12) A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
 - 13) Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales y a un adecuado financiamiento del Estado.
 - 14) Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.
 - 15) Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Adicionalmente, el cuarto párrafo del artículo. 191, que forma parte del Título VIII dedicado a la función judicial, señala lo siguiente: *Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.*

Aparte de la concesión anotada en materia de nacionalidad, puede decirse que la Constitución de 1998 no va más allá de los preceptos contemplados en el Convenio 169, pues no recoge el proyecto político contenido en la propuesta constitucional de las organizaciones indígenas, en particular la creación de varias naciones dentro del mismo Estado y la conformación de una especie de Estado confederado.

Parecería que, una vez alcanzado el reconocimiento de derechos y garantías con rango constitucional, a las organizaciones indígenas les correspondería impulsar su aplicación efectiva, para lo cual será necesario dictar, expedir leyes secundarias y reglamentos; crear organismos y para su aplicación asegurar recursos financieros y, afianzar el derecho a la participación y consulta reconocidas en su favor.

No puede pretenderse eliminar de un solo golpe los resentimientos que sin duda existirán en los indígenas y su dirigencia por las postergaciones sufridas a lo largo de siglos, pero ello no puede servir como justificante para reivindicaciones que pueden llevar a enfrentamientos entre ecuatorianos y provocar reacciones en contra de las propuestas de los pueblos indígenas.

De allí que resulte preocupante revisar el contenido del proyecto de Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas⁹ presentado ante el Congreso Nacional por legisladores directamente vinculados con la CONAIE y apoyado por la

propia organización, el cual merece serios reparos a partir de su propia denominación.

En efecto, no parece admisible que mientras la mayoría no indígena de la población nacional apruebe a través de sus representantes en la Asamblea Nacional de 1998, la sustitución del término *nacionalidad* por el de *ciudadanía*, para conciliar con la propuesta de incluir la plurinacionalidad en el texto constitucional, en el proyecto de ley en trámite se califique como nacionalidades a las poblaciones o comunidades indígenas, con lo cual de hecho se aceptaría la condición plurinacional del Estado ecuatoriano.

En la Exposición de Motivos y en los Considerandos del proyecto en cuestión se invocan los artículos 83 y 84 de la Constitución y el Convenio 169, como antecedentes principales de la ley; no obstante ello, el texto del proyecto se aparta repetidamente de las normas constitucionales y del Convenio; en él se incursiona en campos económicos no señalados en dichos instrumentos, cual es el caso, a título de ejemplo, del turismo y las obras de infraestructura, para fines de participación económica de las comunidades involucradas. La Constitución limita tal participación a la explotación de recursos naturales. De igual manera, mientras la norma constitucional limita el derecho a ser consultados los indígenas a planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, el proyecto extiende la obligatoriedad de la consulta también en la explotación de recursos renovables.

Muchos otros aspectos del proyecto exceden el alcance de las normas constitucionales y del Convenio; su aprobación conllevaría el riesgo de propiciar una injerencia excesiva de los indígenas en la administración del Estado, a través de mecanismos de gobierno comunal, de administración de justicia tradicional y de solución de diferencias por medios distintos a los contemplados en el régimen legal general.

En un país como Ecuador, en que el mestizaje racial y cultural alcanza la casi totalidad de la población, parecería muy riesgoso crear una superposición de sistemas legales y administrativos; cuando no existen definidos los ámbitos territoriales en los cuales se aplicará, por ejemplo, el derecho consuetudinario propio de cada una de las 12 *nacionalidades* indígenas existentes, ni se encuentran contrastados los sistemas de justicia propios de cada *nacionalidad*, con el régimen de justicia fijado para los demás habitantes del país, es fácil concluir que, antes que promover la justicia social y la armonía entre ecuatorianos, se estaría promoviendo el conflicto social y el enfrentamiento.

Resulta aconsejable meditar sobre estas realidades; debemos reconocer y respetar la diversidad, pero sin llevar las cosas a extremos peligrosos ni pretender estirar en demasía los alcances de normas constitucionales o convenios internacionales que contienen reconocimientos definidos.

Si bien es indiscutible la postergación sufrida por los indígenas y por muchos otros ecuatorianos de distinta condición racial o cultural, ello no debe conducirnos a presionar más allá de la realidad existente. La legislación ecuatoriana reconoce a todos sus habitantes un conjunto de garantías fundamentales, entre las cuales está la igualdad ante la ley, la no discriminación y el acceso a los mismos beneficios en el orden educacional, de salud y seguridad social. No puede ignorarse que muchas veces tales garantías no se aplican o cumplen, pero tal realidad no puede sustituirse con nuevas

leyes ni tampoco con trastocar el orden existente para convertir a los postergados de ayer en los privilegiados del mañana.

En el mundo existen muchos casos de reivindicaciones profundas alcanzadas sin trastornos sociales mayores. Nelson Mandela lideró durante décadas una revolución pacífica en Sudáfrica, la cual puso fin al más ignominioso sistema legal de desigualdades y discriminaciones raciales y sociales.

Afortunadamente nuestro país no vive un caso semejante; por eso mismo es necesario que los líderes nacionales de la causa indígena y de cualquiera otra acción reivindicativa social, asuman con la mayor responsabilidad y el máximo de equilibrio su papel como conductores de una reforma

progresiva que conduzca a la anhelada justicia e igualdad. Esa tarea no debe postergar a los demás ecuatorianos, ni mucho menos fundamentarse en el odio o el revanchismo. En los últimos diez años los avances a favor de los indígenas resultan significativos, de manera que no cabe malograrlos por pretensiones o ambiciones excesivas. Ecuador es el hogar de todos sus habitantes, en el cual la fraternidad y el respeto al derecho ajeno deben ser los medios para alcanzar paulatinamente la justicia social y el bienestar económico. Desintegrar el país en mil fracciones puede llevarnos a una experiencia traumática de la cual nunca dejaremos de arrepentimos.

Notas

1. Convenio 107, Conferencia Internacional del Trabajo Junio 1957.
Convenio 169, Conferencia Internacional del Trabajo Junio 1989.
 2. Colombia: Constitución Política, Editorial Temis, 1991.
 3. Perú: Constitución Política, Diario Oficial El Peruano 8 septiembre 1993.
 4. Venezuela: Constitución Política, Gaceta Oficial 36860 30 diciembre 1999.
 5. CONAIE: *Las Nacionalidades Indígenas, y el Estado Plurinacional* Imprenta Nueva Amazonía, Quito, 1998, pág. 3.
 6. Ecuador: Constitución Política 1978, Reforma R.O. 863, 16 enero 1996
 7. CONAIE obra citada, pág. 27 a 35.
 8. Ecuador: Constitución Política R.O. 1, 11 Agosto 1998.
 9. Proyecto Ley de Nacionalidades y Pueblos Indígenas, presentado al Congreso Nacional: 14 noviembre 2001.
-