

UNA VISIÓN PANORÁMICA AL CONVENIO OIT 169 Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE*

Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Aylwin

El presente trabajo entrega una visión panorámica de los fundamentos y consecuencias legales de la adopción por parte de Chile del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Dicho Convenio se estudia en el contexto de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional, entendido este último como un sistema de “gobernanza global”. Asimismo, se examina el Convenio a la luz de lo que ha sido la legislación indígena a lo largo de la historia de nuestro país. El análisis se centra en los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de los artículos 6 y 7 y en los derechos sobre los recursos naturales contemplados en el artículo 15 del Convenio. De acuerdo a los

SANTIAGO MONTT. LLM y Doctor en Derecho, Yale University. MPP, Princeton University. Director del Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MANUEL MATTA. Abogado Universidad de Chile. LLM, University of California, Berkeley. Asociado del estudio Aylwin Abogados.

*Agradecemos la valiosa colaboración de nuestros ayudantes Jenny Silva Barría y Víctor Andrade Ramírez, ambos estudiantes de Derecho de la Universidad de Chile. Asimismo, agradecemos los comentarios de José Zalaquett, Lucas Sierra, Rodrigo Correa, José Aylwin, Luis Cordero, Matías Meza-Lopehandía y Ximena Insunza.

autores, el Convenio 169 no debe ser motivo de especial preocupación. Por el contrario, su adopción por Chile constituye una excelente oportunidad para redefinir la política pública en materia de relación con los pueblos indígenas, mejorando sus condiciones de vida y disminuyendo la conflictividad del Estado y los privados con dichos pueblos.

Palabras clave: Convenio 169; pueblos indígenas; Derecho internacional; gobernanza global; derecho a la participación; derecho a los recursos naturales; relación Derecho interno-Derecho internacional.

Recibido: mayo 2010. *Aceptado:* agosto 2010.

Introducción

Desde nuestros orígenes coloniales la cuestión indígena ha ocupado un lugar central y casi permanente en la agenda pública. Se trata de un conflicto social y étnico cuyas profundas raíces históricas muestran que está aquí para quedarse y que, en realidad, contrariamente a las apariencias, nunca dejó de estar con nosotros¹. Su solución (o encausamiento) es, por lo mismo, uno de los grandes desafíos generacionales que nos corresponde enfrentar si queremos vivir en una sociedad justa, inclusiva y pacífica.

Este trabajo analiza el alcance legal de la entrada en vigencia en nuestro país del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) (en adelante, el Convenio 169)². Las páginas que siguen presentan una visión panorámica de la implementación del Convenio 169, incluyendo su contexto, el Derecho internacional indígena. Esta visión

¹ Éste no sólo es el caso en Chile, sino en el mundo entero. Véanse Siegfried Wiessner, “Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis”, 1999, p. 126; y Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, 1995, pp. 140 y ss.

² El Convenio 169 entró en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre de 2009 tras casi 18 años de tramitación en el Congreso (el tratado fue enviado al Congreso por el entonces Presidente Patricio Aylwin Azócar con fecha 21 de diciembre de 1990, Boletín 233-10). Fue ratificado el 15 de septiembre de 2008 y promulgado el 14 de octubre de 2008 (Decreto Supremo (RR. EE.) N° 236 de 2 de octubre de 2008, publicado en el *Diario Oficial* de 14 de octubre de 2008). Entró en vigencia, conforme a su artículo 38.3, “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”.

panorámica —necesaria para un tratado de la naturaleza y características del Convenio 169— se desarrolla, no obstante, concretizada en el análisis de dos de los conjuntos de derechos más complejos y conflictivos que contiene el Convenio 169: los derechos a participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado —reconocido por los artículos 6 y 7— y el derecho a los recursos naturales —reconocido por el artículo 15.

Nuestra perspectiva es “neutral” en el sentido específico que no somos activistas o expertos ni tampoco detractores de los temas indígenas. Los coautores somos dos abogados y académicos y, en definitiva, dos chilenos interesados en analizar el alcance y significado del Convenio 169 y sus implicancias para el desarrollo de una buena política pública indígena. Esta perspectiva neutral —que corre el obvio pero asumido riesgo de no dejar contento a nadie— nos pone a distancia de al menos dos posiciones antagónicas que suelen primar en el debate público actual: una que ve en el actual conflicto mapuche un mero escenario político montado por sectores de la izquierda nacional e internacional para apalancar sus posiciones ideológicas, y otra que está dispuesta a aceptar en bloque el Derecho internacional indígena, conforme a su interpretación más extrema, como un conjunto de derechos humanos no disponibles para los órganos democráticos de nuestra República.

Como punto de partida, consideramos que existe una importante deuda histórica con los pueblos indígenas en general, y con el pueblo mapuche en particular, surgida esta última a raíz de la mal llamada “Pacificación de la Araucanía”, proceso que en realidad no fue otra cosa que un despojo institucionalmente organizado³. Ahora bien, más allá de la deuda histórica y la obligación moral de reparación⁴, tenemos

³ Véase *infra* sección III.a.

⁴ A modo de referencia, en Estados Unidos, el Senado federal acordó recientemente una resolución pidiendo disculpas formales a las tribus de ese país, por los años de políticas mal concebidas (*ill-conceived policies*) y por la violencia cometida por los ciudadanos norteamericanos en contra de los indígenas. Véase *New York Times*, 7 de octubre de 2009, http://www.nytimes.com/2009/10/08/us/politics/08brfs-ASYMBO-LICAPO_BRF.html?_r=2 (última visita 29 de octubre de 2009). Véase Organización de Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html> (última visita 31 de octubre de 2009) (en adelante, *Declaración ONU*), particularmente el sexto considerando, donde se afirma lo siguiente: “Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.

la convicción que es nuestro deber como país desarrollar una sociedad multicultural e inclusiva.

Así lo exige, por lo demás, nuestra propia Constitución Política. Su artículo 1° señala que el Estado chileno “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, debiendo además promover la “integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Estos deberes primordiales son especialmente apremiantes cuando se trata de los sectores más desposeídos de nuestra población⁵.

El presente artículo está dirigido no sólo a abogados sino también a un público más amplio. Buscamos presentar una visión general del Derecho internacional indígena, su incorporación en el Derecho nacional y las consecuencias que de ello se derivan. Nuestro objetivo último es contribuir a desarrollar una cultura nacional de respeto por los derechos humanos de los pueblos indígenas, en especial a la luz de la historia de despojo, abuso y dominación de que han sido víctimas a lo largo de nuestra vida pre-republicana y republicana.

El artículo procede de la siguiente manera. La primera sección analiza el Derecho internacional indígena y los compromisos asumidos por Chile al ratificar el Convenio 169. Esta sección presenta el Convenio 169 en el contexto más general de la “gobernanza global” que caracteriza a una parte considerable del Derecho internacional moderno.

La segunda sección se hace cargo de las preguntas legales de rigor en materia de implementación de normas internacionales: ¿es el Convenio 169 un tratado? ¿Es un tratado de derechos humanos y, por ende, comprendido bajo el estatuto especial del artículo 5° de nuestra Constitución? De ser ése el caso, ¿tiene un valor normativo superior a la ley? ¿Es autoejecutable o requiere ser reformulado como Derecho interno por nuestros órganos políticos?

⁵ Véase Rodrigo A. Cerda, “Situación Socioeconómica Reciente de los Mapuches en la Región de la Araucanía”, 2009. Según explica y documenta Cerda, los mapuches de la IX Región viven en la región más pobre del país y son significativamente más pobres que los no mapuches de esa misma región; en definitiva, “hay una alta prevalencia de situaciones de pobreza y bajos ingresos” entre los mapuches de la IX Región, p. 98. El problema, de hecho, es universal, y explica la preocupación internacional por el tema. Véase Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, 2007.

La tercera sección presenta una sinopsis de lo que ha sido la legislación indígena a lo largo de nuestra historia pre-republicana y republicana, con un énfasis especial en la normativa y políticas actuales sobre la materia. Dado que el Convenio 169 impone la obligación de adecuar el ordenamiento legal, esta sección describe someramente la Ley Indígena vigente, sus principios, instituciones y los mecanismos que contempla para la protección de los derechos indígenas.

La sección cuarta estudia los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado establecidos en los artículos 6 y 7 del Convenio 169, y argumenta que es indispensable establecer mecanismos procesales que aseguren a los indígenas una participación efectiva. Enseguida, la sección quinta analiza los derechos sobre los recursos naturales establecidos en el artículo 15 del Convenio y afirma, entre otros aspectos generales, que resulta esencial definir los derechos indígenas con la mayor precisión posible y, al mismo tiempo, evitar esquemas de negociación bilateral de repartición de utilidades.

Las conclusiones llaman a tomar conciencia respecto a la importancia de implementar el Convenio 169 con seriedad y profundidad. Los derechos indígenas responden a la necesidad moral y legal de reparar el mal causado a lo largo de siglos de tratos inhumanos y vejatorios. La historia en Chile no tiene nada de excepcional comparada con la de otros países y, de hecho, parece ser un caso de laboratorio de los abusos y exclusiones sufridos por los pueblos indígenas. Los derechos indígenas han sido creados precisamente para casos como el nuestro y, en ausencia de una política pública interna robusta en su diseño y ejecución, nada justifica que nos creamos especiales y no implementemos apropiadamente las normas del Convenio 169.

I. ¿A QUÉ (Y POR QUÉ) SE OBLIGÓ CHILE AL RATIFICAR EL CONVENIO 169? TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNACIONAL COMO GOBERNANZA GLOBAL

Esta sección presenta una breve descripción del Derecho internacional indígena y del Convenio 169. También analiza el contenido de este último en el contexto del Derecho internacional como gobernanza global. Finalmente, se intenta responder aquí a una pregunta que se oye frecuentemente entre nuestro medio: ¿por qué (o para qué) adhirió Chile al Convenio 169?

I.a. El Derecho internacional indígena y el Convenio 169

El Convenio 169 fue aprobado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989⁶, y entró en vigencia en 1991 luego de transcurridos doce meses desde su ratificación por Noruega y México en 1990⁷. Hasta fines del 2010, 22 países lo han ratificado, incluyendo 14 naciones latinoamericanas⁸.

El Convenio 169, junto con la reciente Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹, constituye uno de los cuerpos legales fundamentales del Derecho internacional indígena. Mediante la creación de derechos colectivos, el Convenio busca mejorar las condiciones de vida de los 5.000 pueblos indígenas y tribales que existen en el mundo y que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas, repartidos por más de 70 países¹⁰.

Desde un punto de vista de Derecho internacional, se trata de uno de los capítulos más recientes del Derecho internacional de los derechos humanos¹¹. Como explica el profesor Reisman, los derechos indígenas se insertan dentro del sistema más amplio de protección de los derechos humanos:

⁶ Es frecuente oír quejas respecto al rol de la OIT en temas indígenas. Más allá de consideraciones formales, la competencia de la OIT sobre asuntos indígenas es de larga data. Véanse Elina Meremiskaya, “El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y Experiencias Comparadas”, 2010, y Observatorio Ciudadano, “Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile, 2009” (“I. El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas”).

⁷ Véase artículo 38.2 del Convenio 169.

⁸ Los países que han ratificado son los siguientes: Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Países Bajos (1998), Fiji (1998), Ecuador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2002), Dominica (2002), Brasil (2002), Nepal (2007), España (2007), Chile (2008), Nicaragua (2010) y República Centroafricana (2010). Véase <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm> (última visita 25 de enero de 2011).

⁹ Las resoluciones de Naciones Unidas tienen el valor de recomendaciones, sin perjuicio de que la costumbre pueda ir otorgándoles un carácter vinculante. Asimismo, las declaraciones son una especie dentro del género “resolución”.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, p. 9 (en adelante, OIT, *Guía Larga*).

¹¹ Véase S. James Anaya y Robert A. Williams, Jr., “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, 2001, p. 33.

El concepto “derechos indígenas” recientemente se ha llegado a entender, dentro del sistema más amplio de protección de los derechos humanos, como una nueva figura de reivindicaciones realizadas por los indígenas, para obtener la protección directa de la comunidad internacional y, en su caso, el reestablecimiento de los derechos de los que fueron privados en el pasado¹².

Este estatus de derechos humanos que ostentan los derechos indígenas es consecuencia directa de la deuda histórica que las distintas naciones tienen con sus pueblos indígenas¹³. Como explica Wiessner, prácticamente todos los pueblos indígenas comparten un conjunto común de problemas que se derivan de la tortuosa relación que ha existido entre conquistadores y conquistados:

Primero, la tierra indígena libremente compartida, aunque no exclusivamente controlada, fue arrebatada. Segundo, la forma de vida del conquistador fue impuesta. Tercero, la autonomía política fue drásticamente restringida. Cuarto, los indígenas han sido frecuentemente relegados al estatus de la extrema pobreza, la enfermedad y la desesperanza¹⁴.

El Derecho internacional indígena en general y el Convenio 169 en particular han venido entonces a llenar una brecha que había quedado abierta en los textos tradicionales de derechos humanos en relación con los pueblos indígenas¹⁵. La brecha se ha llenado por la vía de crear derechos humanos de carácter colectivo, que se les reconoce a los indígenas en tanto pueblos y sólo mediatamente en cuanto individuos¹⁶. Tales derechos colectivos protegen especialmente la identidad cultural y las formas de vida, con especial preocupación por los componentes espaciales y políticos de dicha identidad y formas de vida¹⁷.

¹² W. Michael Reisman, “Protecting Indigenous Rights in International Adjudication”, 1995, p. 350 (traducción de los autores).

¹³ Véase *Declaración ONU*, n. 4, y Xanthaki, n. 5.

¹⁴ Wiessner, n. 1, p. 98 (traducción de los autores).

¹⁵ Véase James Anaya, *Indigenous People in International Law*, 1996, pp. 43 y ss.

¹⁶ Véase Xanthaki, n. 5, pp. 113 y ss. Véase también Observatorio Ciudadano, n. 6, “II. Los Contenidos del Convenio 169 de la OIT / 2. Naturaleza jurídica de los derechos”.

¹⁷ Algunos académicos critican la necesidad lógica de tener derechos humanos colectivos en favor de los pueblos indígenas, dado que el contenido de esos derechos podría deducirse de los derechos fundamentales tradicionales (vida, libertad, propiedad, etc.). Por el contrario, y sin llegar a plantear aquí una teoría de los derechos humanos de

El Derecho internacional indígena comenzó a gestarse como manifestación de tres derechos humanos tradicionales: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en tanto minorías étnicas¹⁸, el derecho a la propiedad privada¹⁹ y, en definitiva, el derecho de libre determinación de los pueblos (*sin derecho a secesión*)²⁰. El punto de partida puede situarse en 1990, año en que el Comité de Derechos Humanos²¹ acogió por primera vez la reclamación de un pueblo indígena. En esa oportunidad, el organismo condenó a Canadá, declarando que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía “el derecho de las personas, en comunidad con otras, a participar en aquellas actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen”²². Casos posteriores del Comité, incluyendo una declaración general, han profundizado esta posición²³.

Por su parte, en el ámbito judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dado protección a los pueblos indígenas

segunda y tercera generación, nuestra visión es más bien política que lógica. En términos lógicos bastaría con proteger la dignidad humana, la igualdad y la libertad, pues todo lo demás podría deducirse de esos valores. Pero, desde un punto de vista político, una declaración tan escueta no basta. En efecto, nos vemos en la necesidad y urgencia de proteger una variedad más amplia y a la vez más específica de derechos humanos, pues ellos nos recuerdan los fracasos más serios de nuestro sistema político y social.

¹⁸ Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (última visita 31 de octubre de 2009).

¹⁹ Artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

²⁰ Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (última visita 31 de octubre de 2009) y artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²¹ El Comité de Derechos Humanos (que no debe ser confundido con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, cuyo continuador hoy es el Consejo de Derechos Humanos de la ONU) es un organismo integrado por expertos independientes que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm> (última visita 6 de noviembre de 2009).

²² *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication N° 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. N° 40 (A/45/40) at 1, 1990, para. 32.2., disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session45/167-1984.htm> (última visita, 23 de noviembre de 2009). Véase también Malcolm N. Shaw, *International Law*, 2003, p. 276.

²³ Véase ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N° 23: Los Derechos de las Minorías* (Art. 27) 1994, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom23.htm> (última visita, 23 de noviembre de 2009) (en adelante, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N° 23*). Otros casos relevantes del Comité son *Länsmann et al. vs. Finland* (Comunicación N° 511/1992), CCPR/C/52/D/511/1992, *Lansman et al. vs. Finland* (Communication N° 671/1995), CCPR/C/58/D/671/1995.

sobre la base de derechos humanos tradicionales. El fundamento legal ha sido el derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 21 del Pacto de San José. En el caso pionero en esta materia, *Awás Tingni*, un pueblo indígena, reclamaba en contra del gobierno de Nicaragua por haber otorgado una concesión para explotar bosques en territorio indígena. La Corte acogió la reclamación, ampliando el ámbito clásico del derecho de propiedad de manera de proteger la propiedad *colectiva* de los pueblos indígenas:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁴.

El reconocimiento expreso de los derechos indígenas en el ámbito internacional encuentra en el Convenio 169 un exponente destacado. Se trata del único tratado que reconoce derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas y que se encuentra abierto para su ratificación. El principio de libre determinación es uno de sus pilares fundamentales y así lo afirma el preámbulo del tratado, al reconocer “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

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), 149, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (última visita 29 de octubre de 2009). Véase también *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), 127-130 [en adelante, *Caso Yakye Axa*], *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, 116-144 [en adelante *Caso Sawhoyamaxa*, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 89-186 [en adelante, *Caso Saramaka*].

que viven”²⁵. Este principio —el que, insistimos, no incluye el derecho a secesión²⁶— se aprecia implícitamente también en el artículo 7.1 del tratado:

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.

La superación de la postergación, discriminación y vejación sufridas por los pueblos indígenas constituye uno de los objetivos medulares del Convenio 169. Así, los artículos 2 y 3 exigen a los Estados desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas²⁷, esto es, la adopción de una actitud proactiva dirigida a respetar los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la igualdad de derechos, la no-discriminación y la eliminación de diferencias socioeconómicas que existan entre los indígenas y los demás ciudadanos²⁸. Del mismo modo, el artículo 7.2 exige priorizar el “mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados”, y el artículo 12, que se establezcan acciones y procedimientos legales que permitan asegurar la protección efectiva de los derechos de los indígenas.

En cuanto a los valores colectivos —que constituyen la nota característica del Derecho internacional indígena—, el Convenio 169 se preocupa particularmente de la integridad social, cultural y económica,

²⁵ Convenio 169, Preámbulo, 5.

²⁶ En términos estrictos, el Convenio 169 —particularmente su artículo 1.3— no reconoce en forma expresa que los pueblos indígenas gozan del derecho a la libre determinación del artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, la Declaración de la ONU, que sí reconoce expresamente en sus artículos 3° y 4° el derecho a la libre determinación, niega en el artículo 46 que dicho derecho pueda entenderse “en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

²⁷ OIT, *Guía Larga*, n. 10, p. 29 y ss.

²⁸ Véase también el artículo 33 del Convenio 169.

así como de la preservación de las formas de vida propias de las comunidades indígenas. Entre otros, cabe destacar aquí su artículo 5:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

El derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas en los artículos 6 y 7 se enmarca precisamente en el contexto de los valores colectivos. Estos derechos participativos constituyen los guardianes fundamentales de los derechos humanos indígenas materiales y aseguran además la incorporación al proceso político de minorías tradicionalmente postergadas y excluidas. Dada la importancia de estas normas para los efectos de este trabajo, nos permitimos citarlas en forma completa:

Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proce-

so de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Aparte de la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, el Convenio regula también el “enlace” entre las culturas indígenas y la cultura dominante en cada país, exigiendo se tomen en serio las costumbres y derechos propios de los indígenas (artículos 8, 9 y 10). Esto incluye el derecho de los pueblos indígenas a castigar a sus miembros conforme a sus tradiciones penales y a ser castigados conforme a los derechos penales nacionales siempre que se tengan en cuenta las particularidades económicas, sociales y culturales que les son propias y evitando las penas de cárcel.

Otra dimensión del Convenio que resulta esencial para la preservación de la integridad y las formas de vida indígena es la relación de los pueblos con la tierra. El artículo 13.1 exige a los gobiernos “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”, debiendo además, conforme al artículo 14, “reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y salvaguardarse su derecho a utilizar las tie-

