

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

Vicente CABEDO MALLOL*

SUMARIO: I. *Introducción: el pluralismo jurídico clásico en América Latina*. II. *Formas de reconocimientos del pluralismo jurídico*. III. *La importancia de la Organización Internacional del Trabajo en la protección de los derechos indígenas. El reconocimiento del derecho indígena en los Convenios 107 y 169 de la OIT*. IV. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN: EL PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO EN AMÉRICA LATINA

Podemos definir el pluralismo jurídico como la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo espacio social. Estamos, pues, ante “la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos”.¹

En un primer momento los estudios sobre el pluralismo jurídico se centraron en las sociedades coloniales y poscoloniales (el llamado *pluralismo jurídico clásico*). Sin embargo, a finales de la década de los setenta la atención se dirigió a los países industrializados, comprobándose que tam-

* Licenciado y doctor en derecho. Magíster en ciencias políticas en Iberoamérica. Profesor de derecho constitucional de la Universidad Politécnica de Valencia (España) e investigador del Instituto Intercultural de Autogestión y Acción Comunal y del Instituto de Iberoamérica y el Mediterráneo.

¹ Correas, Oscar. “El pluralismo jurídico y el derecho alternativo. Algunos problemas teóricos”, *Enlace, Revista de Sociología Jurídica*, Lima, núm. 1, 1996, p. 43.

bién en estas sociedades se dan fenómenos de pluralismo jurídico (constituye *el nuevo pluralismo jurídico*).²

En América Latina, por tanto, el pluralismo jurídico clásico viene representado por el derecho de los pueblos indígenas sobre el que se impuso primero, en la época colonial, el derecho de los españoles y portugueses y, tras la descolonización, el derecho oficial de los nuevos Estados.³ Frente a estos “pluralismos jurídicos de origen”⁴ encontramos otras manifestaciones de pluralismo propios de sociedades “modernas”, como es el caso de los pueblos jóvenes o asentamientos humanos en Lima o las barriadas de Río de Janeiro (las favelas), entre otros muchos ejemplos.

Nuestras investigaciones se han centrado precisamente en el reconocimiento constitucional tanto del derecho como de la jurisdicción indígena en América Latina. Derecho indígena que sigue vigente. Un derecho que ha resistido y que ha ido adaptándose a lo largo de estos siglos.

A continuación, tras una exposición de las distintas alternativas de reconocimiento de este pluralismo jurídico, se analizará la importante labor desempeñada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —fundamentalmente a través de sus Convenios 107 y 169— en aras del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a su propio derecho.

II. FORMAS DE RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Se han barajado y puesto en práctica diversas formas de reconocimiento del pluralismo jurídico, en concreto del llamado pluralismo jurí-

² Esta clasificación del nuevo pluralismo jurídico es sugerida por Sally Engle Merry (véase Merry, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, vol. 5, núm. 5, Houston 1988), y seguida por otros autores, como Antonio Peña Jumpa o Felipe Villavicencio Terreros. Sin embargo, la misma es cuestionada por Franz von Benda-Beckmann, por considerarla artificial, puesto que la única diferencia es el descubrimiento tardío de ese “nuevo” pluralismo (véase Benda-Beckmann, Franz von, “Comment on Merry”, *Law and society Review...*, *op. cit.*).

³ Se ha hecho referencia expresamente a América Latina por ser objeto de nuestras investigaciones el derecho indígena de dicho continente. Sin embargo, esta coexistencia inicial del derecho “nativo” y el derecho colonial europeo también se dio en los otros continentes (v. gr. en Asia el derecho hindú frente al derecho anglosajón; en Oceanía el derecho de los aborígenes australianos frente al derecho oficial, o en África el derecho tribal frente al derecho occidental).

⁴ Término utilizado por Patricia Urteaga “Pluralismo jurídico y semi-autonomía”, *Desfatiendo Entuertos*, Lima, núm. 3-4, Ceas, 1994, p. 16.

dico clásico, por parte de aquellos Estados en los que coexisten el derecho oficial y el/los derecho/os indígena/as.⁵ El abanico de posibilidades es muy variado, y abarca desde la negación misma del pluralismo hasta el reconocimiento tanto del derecho como de la propia jurisdicción indígena.

Con Trazegnies,⁶ podemos observar en los países africanos dos formas distintas de reconocimiento. Por un lado, la de aquellos Estados que reconocen el derecho consuetudinario y permiten que las propias autoridades indígenas lo apliquen, limitando este reconocimiento a los casos menores. Por otro lado, también se da la fórmula de reconocer el derecho consuetudinario para todo tipo de asuntos, incluso los más graves (delitos), si bien se suele reservar su aplicación a la jurisdicción estatal.

Las fórmulas de pluralismo descritas resultan a todas luces insuficientes. La primera infravalora los derechos alternativos, situándolos en una clara subordinación al derecho oficial del Estado. La segunda, pese a reconocer el derecho consuetudinario en toda su extensión, niega la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales basándose en el mismo a las propias autoridades indígenas.⁷

Una enumeración bastante exhaustiva de las diversas fórmulas o formas de reconocimiento del derecho indígena nos la proporciona un informe de la Comisión Australiana para la Reforma del Derecho (1977).⁸ Dicho informe nos plantea seis formas de reconocimiento, que son:

- 1) Incorporar el derecho indígena al derecho estatal mediante su codificación.
- 2) Incorporar sólo una parte del derecho indígena al derecho estatal.

⁵ En un mismo Estado será frecuente encontrarnos con diversos sistemas jurídicos indígenas.

⁶ Cfr. Trazegnies Granda, Fernando de, "Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites", *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*, Lima, CAAP-SER, 1993, pp. 27-29.

⁷ Este tipo de reconocimiento es el que se observa a finales del siglo XIX en la India, donde los ingleses intentaron, a través de sus tribunales, aplicar el derecho religioso hindú (el *Dharmasastra*). El problema con el que se encontraron es que los jueces ingleses (o hindúes educados en Inglaterra) no entendieron dicho derecho, su lógica tan distinta a la occidental. El intento, por ello, fue un rotundo fracaso.

⁸ Cfr. Kuppe, René, "El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena: experiencias y propuestas en Australia", *Desfatiendo Entuertos*, cit., nota 4, pp. 3-8.

- 3) Incorporar el derecho consuetudinario por “remisión”, es decir, que el derecho oficial se remita, en determinadas materias, a las costumbres indígenas.
- 4) Reconocimiento como exclusión del derecho estatal. Esa técnica —nos comenta Kupe— “se basaría en la exclusión explícita del derecho general con respecto a algunas áreas jurídicas, lo cual significa que en aquellas áreas excluidas habría libertad de aplicar las reglas consuetudinarias”.⁹
- 5) Reconocimiento como traducción. Para Kupe, esta técnica consiste en equiparar una institución del derecho indígena con una del derecho oficial, atribuyéndole a la indígena el contenido que se establece en la normativa estatal.¹⁰
- 6) Reconocimiento como acomodación. Se trata de modificar, “acomodar”, el derecho estatal con relación a los indígenas, teniendo en cuenta su derecho consuetudinario.

Estas formas de reconocimiento a las que se refiere la Comisión Australiana en su informe son, sin duda, muy criticables. En modo alguno garantizan el pluralismo jurídico.

La incorporación al derecho estatal del derecho consuetudinario indígena, mediante su codificación, supondría la petrificación del mismo, despojándolo de una de sus características principales, cual es su flexibilidad y dinamismo. Tampoco resulta aceptable la incorporación por referencia o remisión, puesto que se está primando la ley escrita frente a la costumbre (únicamente resulta válida la costumbre cuando es permitida por la ley). Sin duda estas fórmulas de “incorporación” siguen reflejando la visión estatalista del derecho, situando a los sistemas jurídicos indígenas en una clara subordinación respecto al derecho oficial.

El reconocimiento del derecho indígena como exclusión del derecho estatal tampoco nos parece acertado. De la misma opinión fue la propia Comisión, por cuanto no veía, nos comenta Kupe,¹¹ justificación alguna para excluir por completo a los indígenas de la aplicación del derecho estatal. No puede entenderse la integración en la diversidad a la que hemos hecho referencia anteriormente con esta fórmula de segregación. Son los

⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 5.

mismos indígenas, en no pocas ocasiones, los que deciden acudir al derecho y a la jurisdicción estatal.

Tampoco la fórmula de reconocimiento como traducción resulta apropiada, puesto que el contenido de una institución (derechos, facultades y obligaciones que la conforman) puede ser distinto (suele serlo) en el derecho indígena y en el derecho oficial.

De las seis fórmulas descritas por la Comisión es, seguramente, la forma de reconocimiento por acomodación la que resulta más respetuosa (aunque a todas luces insuficiente) con el pluralismo jurídico. Esta fórmula de acomodación del derecho estatal al derecho indígena aparece, como luego veremos, contemplada en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículos 8.1 y 9.2).

En nuestros anteriores trabajos, al preguntarnos acerca del significado del pluralismo jurídico, hemos venido señalando que:

...para hablar de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el derecho consuetudinario indígena y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este derecho, por las propias autoridades indígenas. Ambas caras del pluralismo jurídico son de todo punto imposibles de escindir. Por ello, es posible argumentar (si la hipótesis es cierta) que en aquellos Estados que, aun reconociéndose el derecho indígena, no se permite a los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo, en todo caso, dicho derecho aplicado por los órganos judiciales estatales, no existe un auténtico pluralismo jurídico.¹²

Pero aun reconociéndose constitucionalmente el pluralismo jurídico en el sentido expuesto, cabría, como hace André Hoekema,¹³ distinguir entre un pluralismo jurídico formal “unitario” y un pluralismo jurídico formal “igualitario”. La diferencia de ambos, para este autor, estriba en determinar si el derecho oficial se reserva o no la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. Solamente el pluralismo jurídico de tipo “igualitario” garantiza una autonomía, en nuestro caso, del derecho indígena. Ahora bien, en modo alguno podemos considerar ambos tipos de pluralismo co-

¹² Cabedo Mallol, Vicente *et al.*, *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, PUCP, 2002, p. 77.

¹³ Cfr. Hoekema, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *América indígena*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 2000, vol. LVIII, pp. 269- 272.

mo excluyentes. El propio Hoekema nos dice que “los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden complementarse, en el caso que, aparte de la plena autonomía del derecho indígena (o de varios sistemas distintos indígenas) en la aplicación de las leyes y reglamentos nacionales, se tome en consideración la cosmovisión y/o la cultura específica de una de las partes involucradas”.¹⁴ Por ello, continúa diciendo este autor, “todo sistema de pluralismo jurídico formal igualitario implica la existencia de reglas que conciertan (léase articulan) la competencia de los dos o más derechos. A condición de que estas reglas no puedan ser cambiadas unilateralmente por la autoridad nacional, no se le quita su carácter autónomo al derecho indígena”.¹⁵

Naturalmente, aun situándonos en el plano del pluralismo jurídico formal “igualitario”, el que los pueblos indígenas puedan regular sus sociedades y resolver los conflictos que en ellas surjan a través de sus autoridades y aplicando su propio derecho, basado en su cosmovisión, es un derecho, y no una imposición. Por ello, son los propios indígenas quienes tendrán que decidir, por ejemplo, si únicamente van a resolver los asuntos menores, trasladando los demás casos a la jurisdicción estatal. Todo dependerá del grado de aculturación (producto de los procesos de asimilación e integración practicados por los Estados) de los diferentes grupos étnicos (e incluso, dentro de cada uno de ellos, de las comunidades que los conforman). No es posible hacer, por tanto, generalizaciones en esta materia.

Esta concepción del pluralismo jurídico, su reconocimiento, es defendida por Raquel Yrigoyen, quien, utilizando las variables “derecho aplicable” y “jurisdicción”, nos ofrece en el siguiente gráfico las posibilidades resultantes de la combinación derecho estatal/derecho indígena y jurisdicción estatal/ jurisdicción indígena.¹⁶

En América Latina únicamente seis Estados reconocen en sus Constituciones el pluralismo jurídico que representan los sistemas jurídicos indígenas. Se trata de las Constituciones de Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México, las cuales vienen a reconocer tanto el derecho como la propia jurisdicción indígena.

¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵ *Ibidem*, p. 271.

¹⁶ Yrigoyen, “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”, *Desfatiendo Entuertos*, 1995, p. 25.

<i>Variables</i>	<i>Derecho aplicable</i>	<i>Órgano jurisdiccional</i>
Monismo estatal	Estatal	Estatal
Estado central (ejemplo: acepta peritos antropólogos en el juzgamiento de indígenas)	Indígena o derecho consuetudinario	Estatal
Estado central (ejemplo: acepta que autoridades indígenas apliquen la ley estatal)	Estatal	Indígena
Pluralidad jurídica	Indígena o derecho consuetudinario	Indígena

III. LA IMPORTANCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS CONVENIOS 107 Y 169 DE LA OIT

La (OIT) fue creada en 1919, y desde sus comienzos ha venido mostrando su preocupación por la situación de los pueblos indígenas. En este sentido, podemos afirmar sin ningún género de dudas que fue el primer organismo internacional que abordó de forma directa los problemas de los indígenas.

Ya en la década de los veinte del siglo pasado la OIT llevó a cabo una investigación sobre el trabajo forzoso de las “poblaciones nativas” en las colonias y estudió las diversas formas de explotación que sufrían los trabajadores indígenas. En 1953 publicó el libro *Poblaciones indígenas: condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones aborígenes en los países independientes*. Con relación a los derechos de los pueblos indígenas, deben destacarse el Convenio 107 sobre la Protección y la Integración de las Poblaciones Aborígenes y otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los países independientes (1957) y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989). Estos dos Convenios son, hasta el momento, los únicos instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas.¹⁷

¹⁷ Todavía no se ha aprobado en el seno de ONU la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas ni, a escala regional, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por parte de la OEA.

1. *El “indigenismo oficial” y el Convenio 107 de la OIT*

Aunque el indigenismo cuenta ya, incluso, con antecedentes en el siglo XIX,¹⁸ el llamado “indigenismo oficial” se instaura formalmente tras el Primer Congreso Indigenista Interamericano¹⁹ celebrado en la ciudad de Pátzcuaro (México) en 1940. El preámbulo de dicha Convención, tras reconocer que el problema indígena atañe a toda América, plantea la conveniencia de “aclarar, estimular y coordinar la política indigenista de los diversos países, entendida ésta como conjunto de desiderata, de normas y de medidas que deban aplicarse para mejorar de manera integral la vida de los grupos indígenas de América”. Para coordinar estas políticas, dicha Convención prevé la creación del Instituto Indigenista Interamericano y de institutos indigenistas nacionales, en los diversos Estados participantes. Estos institutos tendrían como objetivo desarrollar una política nacional integral tendente a mejorar las condiciones de vida de los indígenas e “integrarlos” a la vida nacional y al desarrollo económico. Así pues, a partir de este Congreso se da el comienzo formal a una política indigenista continental, lo que ha venido en llamarse “el indigenismo oficial”, y con él la práctica paternalista de los Estados con los indígenas o, como apunta Bronstein, “las iniciativas indigenistas dotadas de un fuerte sesgo tutelar”.²⁰ Sesgo tutelar en cuanto se concebía el problema indígena como un deber moral del Estado, de la sociedad blanca o mestiza dominante, de ayudar a los indígenas a salir de su “atraso”, incorporándolos al desarrollo económico, al progreso.

En esta misma línea de integración de los pueblos indígenas a la sociedad nacional se inscribía el Convenio 107 de la OIT de 1957 “sobre la protección y la integración de las poblaciones aborígenes y otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes”. Este Conve-

¹⁸ Gonzalo Ortiz sitúa el inicio del indigenismo en Ecuador a finales del siglo XIX (cfr. Ortiz Crespo, Gonzalo, “Las tareas inconclusas de nuestra historia... a propósito de la plurinacionalidad y el movimiento indígena”, *Pueblos indios, Estado y derecho*, Quito, Corporación Editora Nacional y Abya-Yala, 1992, p. 108).

¹⁹ Sobre los congresos indigenistas interamericanos puede consultarse Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos y el Colegio de México, 1988, pp. 107-115.

²⁰ Véase Brontein, Arturo S., “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina”, *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 7.

nio sería el primer instrumento internacional que recogería los derechos de estos pueblos (v. *gr.* el derecho de propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los mismos —artículo 11—, el derecho a mantener sus propias costumbres e instituciones —artículo 7.2—, incluyendo los métodos de control social —artículo 8o.—, etcétera), aunque siempre con vistas a su “integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales”.²¹

De este modo, el reconocimiento del derecho consuetudinario, que el Convenio efectuaba, llevaba consigo la nota de la transitoriedad, pues se pensaba que una vez alcanzados los objetivos de la “integración”, ya no tendría razón de ser. La idea central, nos dice Wray, es que “conforme el indio se va integrando a la vida nacional y logra superar su situación de atraso, las pautas y costumbres indígenas, al ir perdiendo su escenario natural, terminan por extinguirse y, finalmente, logra imponerse la exigencia universalizadora del derecho estatal”.²²

A nivel interno de los Estados, en todo este periodo, pese a que se llegaran a reconocer ciertos derechos a los pueblos indígenas en aras de “integración” nacional, el derecho consuetudinario continuará proscrito,²³ identificándose todavía el derecho como la normativa emanada del Estado. Continuará, por tanto, imperando la concepción monista del derecho. Ello, no obstante, como la misma realidad actual constata, el derecho indígena ha sobrevivido a estas políticas gubernamentales de asimilación y, posteriormente, de integración al colonialismo jurídico o, si se prefiere, al etnocidio jurídico.

²¹ Considerando cuarto del Convenio de 1957.

²² Wray, Alberto, “El problema indígena y la reforma del Estado”, *Pueblos indios, Estado y derecho*, cit., nota 18, p. 37.

²³ Únicamente encontramos algún tenue reconocimiento (casos menores), como es el caso de la ley peruana de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (Decreto-ley 22175, del 10 de mayo de 1978), cuyo artículo 19 reza así: “Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno”. Sobre la polémica de este artículo 19 en torno a si el mismo quedó derogado tras la promulgación de la Constitución peruana de 1979 véase Zolezzi Ibárcena, Lorenzo, “El derecho indígena peruano actual”, *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

2. *El Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento del derecho indígena*

El Convenio 107 de la OIT de 1957, tal y como ya hemos comentado, se inscribiría en el marco de las políticas integracionistas imperantes en la época. Por ello, cuando con el devenir de los años estos planteamientos de integración de los indígenas a la sociedad nacional, al “desarrollo”, comenzaron a ser cuestionados, coincidiendo con el fortalecimiento de las organizaciones indígenas y su presencia cada vez mayor en el plano internacional, se planteó la necesidad de revisar dicho instrumento. Conscientes, pues, de que el Convenio 107 se había vuelto obsoleto, principalmente en lo relativo a esta filosofía integracionista que lo inspiró, la OIT abordó la necesidad de revisar el mismo convenio en las sesiones de la Conferencia General²⁴ de 1988 y 1989. El resultado fue la adopción, el 27 de junio de 1989, del Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales.²⁵

En contraposición al Convenio 107 de la OIT, el actual Convenio 169 de 1989 ha eliminado en su título la palabra “integración”, pasando a denominarse “sobre pueblos indígenas y tribales”, puesto que, como remarca Staelens:

...en esta norma ya no se trata de elaborar instrumentos destinados a integrar las poblaciones indígenas a las comunidades nacionales en las cuales se encuentran, tal y como se pretendía en el Convenio 107.

Se trata —continúa diciendo el mismo autor— de reconocer a los pueblos indígenas su propia identidad y respetarla, con la creación de mecanismos de participación y de consulta en los asuntos que les conciernen directamente.²⁶

²⁴ La OIT se compone de tres órganos: la Conferencia General, que es el órgano legislativo de la organización, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo.

²⁵ El Convenio 107, aunque quedó cerrado a cualquier ratificación, continúa vigente para aquellos Estados que, habiéndolo ratificado en su día, no lo hayan denunciado y no ratifiquen el Convenio 169.

El Convenio 107 ha sido ratificado y no denunciado por los siguientes Estados iberoamericanos: Argentina, Brasil, Cuba, República Dominicana, El Salvador y Panamá.

²⁶ Véase Staelens G., Patrick, “El Convenio número 169 de la OIT de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la identidad de los pueblos indios”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, 1994, pp. 191 y 192. Manuela Tomei y Lee Swepston, en su manual *Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, señalan cuatro diferencias esenciales entre el Convenio

Esta nueva concepción de las relaciones Estado-pueblos indígenas, que refleja el indicado Convenio 169 de la OIT, es, insistimos, consecuencia de todo un proceso de cambio que se inició en la década de los setenta. Durante estos años, las organizaciones indígenas, que habían ido surgiendo en la década anterior, se van fortaleciendo, tanto a nivel nacional como internacional y empiezan a reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a su identidad cultural; en definitiva, el derecho a la diferencia. En este contexto comienza a cuestionarse el indigenismo oficial surgido en el Congreso de Pátzcuaro y en su lugar surge lo que se denominó el “indigenismo participativo”, que supuso todo un replanteamiento de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados nacionales.²⁷ Este cambio de enfoque se reflejó ya en el Séptimo Congreso Indigenista, celebrado en Brasilia (Brasil) en 1972, y, sobre todo, en el Octavo, celebrado en Mérida (México) en 1980. Posteriormente, a partir de la década de los noventa, con las sucesivas reformas constitucionales, los Estados latinoamericanos vendrán a reconocer el pluralismo étnico y cultural de sus naciones y los derechos colectivos que como pueblos les corresponden a los indígenas.

107 y el 169, que son: 1o. Que el Convenio 107 “se basa en la idea de que las poblaciones indígenas y tribales eran sociedades temporales que estaban destinadas a desaparecer por efecto de la «modernización», mientras que el 169 “en la idea de que los pueblos indígenas y tribales (PIT) son sociedades permanentes”; 2o. que en el 107 “se hace referencia a «poblaciones»” y en el 169 “a pueblos”; 3o. el 107 “propiciaba la asimilación de los pueblos indígenas y tribales en la sociedad dominante” y el 169 “el establecimiento de una nueva relación entre el Estado y los PIT, en base al reconocimiento de la diversidad cultural y étnica”, y 4o. el 107 pretendía “proteger a los pueblos indígenas y tribales durante su transición a la modernización”, mientras que el 169 el “otorgar una protección a los PIT e impulsarlos a que establezcan sus propias prioridades de desarrollo” (Tommei, Manuela y Swepston, Lee, *Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996, transparencia 3).

²⁷ Stavenhagen formuló en su día, para referirse a este cambio de la ideología indigenista, la idea del *etnodesarrollo* “como alternativa a la destrucción cultural y social de los grupos étnicos indígenas, en el marco de la búsqueda general de alternativas de desarrollo, ante el fracaso de los esquemas desarrollistas”. El *etnodesarrollo* significó, según este autor, “la lucha por una efectiva representación y participación de los indios en los procesos políticos, por la autogestión comunitaria, por la movilización de los recursos culturales propios en su beneficio, es decir, por el control cultural” (Stavenhagen, Rodolfo, “El indigenismo en México: ideología y política”, conferencia impartida en el programa de Doctorado Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida (Huelva), 1998).

Respecto al contenido del Convenio 169, cabe señalar que el mismo recoge y reconoce una amplia gama de derechos colectivos de los pueblos indígenas (v. gr. el derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan —artículo 14, apartado 1— o el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo —artículo 7o., apartado 1—), prestando una especial atención a las relaciones entre el derecho consuetudinario indígena y el sistema jurídico estatal en sus artículos 8o., 9o. y 10, los cuales, por su importancia, reproducimos a continuación:

Artículo 8o.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9o.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Como puede comprobarse, el Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, el cual deberá ser tenido en cuenta por las autoridades y tribunales estatales (artículos 8.1 y 9.2, respectivamente). Además, también reconoce —de forma explícita para la represión de los delitos— la propia jurisdicción indígena (artículo 9.1). Jurisdicción indígena —y, en general, costumbres e instituciones propias— que, en todo caso, vendrá limitada por el respecto o compatibilidad con los derechos fundamentales²⁸ o derechos humanos (artículos 8.2 y 9.1).

González Galván,²⁹ tomando como base el método de la complejidad de Edgar Morin,³⁰ describe las características de este reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena:

1. Reconocimiento de la originalidad, por cuanto el derecho indígena existe como sistema original de los pueblos indígenas.
2. Reconocimiento de la complementariedad, puesto que el derecho indígena coexiste con el derecho estatal.
3. Reconocimiento de las contradicciones, al prescribir que el derecho y la jurisdicción indígena serán respetados en la medida en que no resulten incompatibles con los derechos humanos.

Respecto de esta última característica, Hoekema comenta que “el *quid* de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos hasta contrarios de derecho y de autoridad”, porque —para este autor— el Convenio 169 de la OIT “no va más allá de este tipo de pluralismo jurídico unitario”.³¹ En la misma línea crítica se expresan otros autores como Carlos Frederico Marés.

²⁸ Villar Borda nos explica que “la teoría moderna, principalmente de origen alemán, ha optado por el término derechos fundamentales cuando se trata de derechos humanos positivizados, es decir, consagrados como derecho positivo por la Constitución Política” (Villar Borda, Luis, *Derechos humanos: responsabilidad y multiculturalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 47). Por tanto, llamamos derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados.

²⁹ Cfr. González Galván, Jorge Alberto, “El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, 2000, pp. 89-94.

³⁰ Galván cita las obras de Morin, *La méthode. La connaissance de la connaissance. Anthropologie de la connaissance*, Paris, Seuil, 1986; e *Introducción a la pensée complexe*, 2e ed., Paris, ESF Éditeur, 1991.

³¹ Hoekema. *op. cit.*, nota 13, p. 279.

Los sistemas jurídicos nacionales, incluso el Convenio 169 de la OIT, consideran que la aplicación de las reglas jurídicas indígenas, en territorios y en la convivencia de la comunidad, es solamente una fuente secundaria del Derecho estatal, tolerada cuando la ley sea omisa o innecesaria. O sea, los Estados llegan a admitir que existe un Derecho propio de los pueblos indígenas, pero inferior, porque debe normarse por los Derechos fundamentales, por el sistema jurídico nacional, o por los Derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto equivale decir que estos Derechos no tienen autonomía frente a lo nacional³²

Al margen de estas críticas doctrinales al establecimiento de este límite de los derechos humanos, es pertinente resaltar que el mismo no ha sido respetado por algunos Estados a la hora de reconocer en sus cartas magnas el derecho y la jurisdicción indígena, pese haber ratificado en su día el Convenio 169 de la OIT. Este es el caso de la Constitución venezolana que, tras reconocer la jurisdicción indígena, prescribe que la misma no sea contraria a la “Constitución, a la ley y al orden público” (artículo 260). La referencia a la Constitución y a la ley (o leyes) aparece también en otras Constituciones latinoamericanas que han reconocido el pluralismo jurídico (v. gr. la colombiana —artículo 246—, la boliviana —artículo 171, párrafo 3o.— o la ecuatoriana —artículo 191, párrafo 4o.—), pudiéndose reconducir, como así ha establecido la Corte Constitucional colombiana en sus sentencias, dichos términos al respeto de los derechos humanos. Por contra, no cabría una interpretación similar para *el orden público* y, en este sentido, se vulneraría el Convenio 169 al ampliar los límites para el ejercicio del derecho y la jurisdicción indígena.

Por lo demás, también se prevé que “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” de la compatibilidad de las costumbres y las instituciones indígenas con los derechos humanos (artículo 8.2). Al respecto, autores como Raquel Yrigoyen proponen la formación de jurados escabinados o jurados mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad indígena afectada para resolver las presuntas violaciones de los derechos humanos por parte de la jurisdicción indígena. Dicha solución, aparentemente más respetuosa con la diversidad cultural y acorde con el diálogo o consenso intercultural, con-

³² Marés De Souza, Carlos Frederico, “Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad”, *América indígena*, cit., nota 13, p. 308.

duciría, a nuestro entender, a negar la condición de ciudadanía del indígena (reconocida expresamente en el apartado tercero del mismo artículo 8), al no permitirle acudir en última instancia al alto tribunal de su país como cualquier ciudadano no indígena. Por ello, nos parece mejor que sean estos altos tribunales (como viene haciendo la Corte Constitucional colombiana) los que resuelvan esta cuestión.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al margen de los derechos indígenas que reconoce, el referido Convenio 169 de la OIT es especialmente importante por cuanto engendra auténticas obligaciones jurídicas³³ para los Estados que lo ratifican, en contraposición a la futura Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. Por ello, dicho instrumento internacional, el cual una vez ratificado pasa a ser ley nacional, sirve de base a las sucesivas reformas constitucionales que en materia de derechos indígenas van teniendo lugar en América Latina.

Con relación al reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena que dicho Convenio efectúa en sus artículos 8 y 9, pese a las críticas comentadas de algunos autores como Hoekema o Marés de Souza, entendemos que el mismo abrió el camino para el posterior reconocimiento constitucional de la pluralidad jurídica en América Latina. De este modo, Estados como Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México ya han reconocido esta pluralidad normativa, reconociendo el derecho y la propia jurisdicción de los pueblos indígenas. Es de esperar que otros Estados, que también han ratificado el Convenio 169, reformen, cumpliendo con sus obligaciones, sus cartas magnas y reconozcan dicha pluralidad jurídica.

Todo Estado que se precie de democrático no puede quedar anclado en el monismo jurídico y debe, por tanto, reconocer la pluralidad jurídica presente en su territorio.³⁴

³³ Acerca de los mecanismos de control de la OIT en la aplicación de sus normas, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de López Morales, Germán, “Los mecanismos de control de la aplicación de las normas internacionales del trabajo”, *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, cit., nota 20, pp. 443-453, y de Staelens G., Patrick, *op. cit.*, nota 26, pp. 191-197.

³⁴ Sobre el reconocimiento del derecho y la jurisdicción en América Latina puede consultarse nuestro libro *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Valencia, España, Universidad Politécnica de Valencia, 2004.