

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS LABORALES

Ricardo CHANGALA
María CASTELLS*

El Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas convocado a partir de la resolución AG-RES 1549 (XXVIII-O/98) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), se reunió en Washington el 8 y 12 de noviembre de 1999. El documento que emana de dicha reunión¹ indica el estado actual del debate en torno a la iniciativa y es por tanto el texto sobre el cual se elaboran los siguientes comentarios. Seguidamente se realizarán algunas apreciaciones preliminares sobre el proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas desde el punto de vista del contenido de derechos económicos y sociales con especial referencia a los derechos laborales, según se nos solicitó al invitarnos como ponentes a este evento.

En virtud de ser un documento aún preliminar, que incluye diversas propuestas de las delegaciones participantes, algunas de ellas muy dife-

* Los autores son uruguayos, doctores en derecho y ciencias sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, con un posgrado en derecho del trabajo y de la seguridad social. Las manifestaciones vertidas en el presente documento constituyen opiniones personales de los mismos, en ningún momento reflejan la posición de la Organización para la que laboran.

¹ OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc./99.

rentes en sus alcances, resulta imposible practicar un análisis exhaustivo de su articulado, tarea que queda pendiente para más adelante.

Sin embargo, el estado inconcluso de la iniciativa nos permite abordar el tema desde la perspectiva de los posibles contenidos que una Declaración de este tipo debiera incluir, por cuanto, de existir voluntad política, aún es tiempo para modificar positivamente su contenido.

La pregunta inicial a plantearse es la siguiente ¿cuál debe ser el contenido de un instrumento de esta naturaleza para que el mismo constituya un avance significativo en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas de la región?

Algunas reflexiones

1. Una Declaración, adoptada por un organismo que, como la OEA, tiene en la región la responsabilidad de realizar la noble tarea de promover y supervisar la efectiva vigencia de los derechos humanos para todos sus habitantes, debe ser un significativo paso adelante en esa empresa. En un continente tan castigado como el nuestro, lo que no es avance casi seguramente se constituya en un peligroso estancamiento, cuando no en un simple y llano retroceso.

2. Significado jurídico de una Declaración. Si bien en el derecho internacional se considera que la diferencia fundamental entre un tratado y una declaración estriba en la obligatoriedad del primero y la no obligatoriedad de la segunda; en materia de derechos humanos se ha invertido esta máxima. Así,

las grandes declaraciones de 1948, aunque no fueron consideradas vinculantes en la época de su promulgación, han adquirido ese carácter con el correr de los años, porque los Estados,... paulatinamente han pasado a atribuirles esa calidad. Podemos afirmar, incluso, que, en cierta forma la jerarquía usual entre las declaraciones y los tratados se ha invertido en el caso de los grandes instrumentos de derechos humanos aplicables en nuestro hemisferio, pues las grandes Declaraciones de 1948, en vez de carecer de obligatoriedad, son de fundamental importancia al ser vinculantes para todo país del continente.²

2 O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 16.

Por lo que, si bien en un primer análisis el hecho de que en lugar de un tratado, un pacto o un convenio internacional, se proyecte una declaración no debe prejuzgar sobre su fuerza vinculante. El sentido de obligatoriedad o vinculación vendrá dado por las acciones que las organizaciones, los Estados y la presión nacional e internacional puedan ejercerse respecto del instrumento a dictarse para convertirlo en obligatorio. De ahí que será importante investigar el compromiso político que los Estados asumirán respecto de la declaración.

3. De cualquier forma, si la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (poblaciones dice el documento oficial de OEA) reúne en un solo texto un conjunto de derechos individuales y colectivos propios de los pueblos indígenas americanos, los reconoce y difunde, estará supliendo una carencia actual en la materia. Sin embargo, atendiendo a la etapa actual del desarrollo regional y universal de los sistemas de promoción y protección de los derechos humanos, la mera enunciación de derechos, muchos de los cuales total o parcialmente se encuentran contemplados en otros instrumentos nacionales o internacionales vigentes, no alcanza a llenar las necesidades actuales.

Recordemos que tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana son de la inmediata posguerra y por tanto, el contenido claramente innovador e impulsor de cambios a favor de la dignidad humana promovidos por ellas, hoy requiere de otras propuestas en la búsqueda de similares objetivos.

Esto nos obliga a revisar alguna normativa internacional vigente en materia de derechos económicos y sociales —con especial referencia en los derechos laborales— en el sistema interamericano y en las normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).³

En el sistema interamericano los siguientes compromisos se encuentran vigentes:

- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC): el Pacto contiene varias previsiones en materia de derechos laborales referidas tanto a derechos individuales (salarios, jornada de trabajo, etcétera) como a derechos colectivos (libertad sindical). En particular las siguientes normas se refieren a derechos laborales: el

³ Por razones de tiempo, no se incluyen todas las normas internacionales. Dejamos sin abordar, por ejemplo, el amplio cambio de las normas derivadas de los procesos de integración regional que contienen varias previsiones en materia de derechos laborales.

artículo 6o., derecho al trabajo; artículo 7o., condiciones equitativas y satisfactorias para: remuneración, seguridad e higiene en el trabajo, promoción, descanso, tiempo libre; artículo 8o., sindicalización, huelga. Estas disposiciones deberán ser complementadas con las de los Convenios de la OIT. Además, es importante señalar que por la interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos que ha sido señalada por resoluciones de la OIT y doctrina muy destacada, también han de tenerse presentes las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El PDESC ha sido ratificado por casi todos los países de América con algunas excepciones, al final del presente documento se encuentra un cuadro con las ratificaciones del PDESC a nivel latinoamericano. Como con todos los instrumentos internacionales, el solo hecho de su ratificación no garantiza el cumplimiento de sus disposiciones y la efectiva vigencia de los derechos en él reconocidos y/o enumerados.

- El Protocolo de San Salvador (PSS), es un protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El PSS contiene varias previsiones sobre derechos laborales en sus artículos 6o. a 9o.: derechos individuales, derecho al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (remuneración, cambio de empleo, promoción y asenso dentro del trabajo, estabilidad en el empleo, seguridad e higiene, limitación de la jornada, descanso, vacaciones); derechos colectivos de trabajo, derecho a organizar sindicatos, derecho de huelga y derecho a la seguridad social. El PSS entró en vigencia el 16 de noviembre de 1999 por lo que el tiempo todavía no permite hacer apreciaciones sobre el grado de cumplimiento y aplicación de sus disposiciones en la región.

Es importante destacar que ni el PDESC ni el PSS contienen menciones expresas a los derechos de los pueblos indígenas. Con relación al PSS se había señalado respecto del anteproyecto que “no hay ninguna referencia a los derechos específicos de las poblaciones indígenas del continente”.⁴ Dicho vacío no fue resuelto al momento de redactar una versión definitiva del PSS.

4 Stravenhagen, “El derecho internacional y las poblaciones indígenas”, *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*.

Por otro lado, debemos tener presente lo dispuesto por los artículos 2o. de ambas normas internacionales, que disponen la obligación de los Estados de dictar normas internas para hacer efectivos los derechos. Como decíamos, no es suficiente con la ratificación si no se dan las condiciones para que los derechos humanos tengan plena vigencia y efectividad en los países. La propuesta de Declaración, que nos ocupa, deberá constituir un avance en este sentido e ir más allá de una mera declaración de derechos y principios hecha por los Estados, deberá ser un instrumento que contenga compromisos claros para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas de América.

*La Organización internacional del Trabajo (OIT)*⁵

- La Declaración de Junio de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo. Esta Declaración expresa la obligación de los Estados miembros de la OIT de respetar y promover los principios relativos a los derechos fundamentales relativos a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Lo peculiar de esta Declaración es la previsión de su mecanismo de seguimiento de doble vía, por un lado se prevé un seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados; y por otro un informe global. Estos mecanismos de seguimiento de la Declaración de Principios no sustituyen los mecanismos de control propios de la OIT. Al momento de la adopción de la Declaración se hizo mucho hincapié en los mecanismos de seguimiento y evaluación para evitar que la misma se transformara en una declaración más.⁶
- El Convenio Internacional de Trabajo (en adelante CIT) núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Contiene normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, se ha expresado que —al igual que respecto de otras normas internacionales— los

⁵ Tampoco, por las mismas razones, se incluye la Constitución de la OIT ni los demás Convenios Internacionales de Trabajo vigentes al momento.

⁶ Ver Informe de la Comisión de la Declaración de Principios.

Estados no adoptan las medidas que permitan la plena vigencia y efectividad de los derechos contenidos en el instrumento.

- El Consejo de Administración de la OIT ha calificado de fundamentales para los derechos de los trabajadores a siete convenios de la OIT: el Convenio sobre libertad sindical y protección de derecho de sindicación, núm. 87; el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, núm. 98; el Convenio sobre trabajo forzoso, núm. 29 y Convenio sobre abolición del trabajo forzoso, núm. 105; el Convenio sobre igualdad de remuneración, núm. 100; el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), núm. 111; y el Convenio sobre edad mínima, núm. 138. Cada uno de estos instrumentos internacionales contiene previsiones sobre los temas particulares y consideramos deben tenerse presentes a la hora de elaborar una declaración para asegurarse que la unificación en un único instrumento de todos los derechos de los pueblos indígenas contenga normas relacionadas con estos derechos fundamentales.

Con relación al estado actual de ratificación de estos Convenios en América Latina, se adjunta un cuadro de adhesiones por país, elaborado a la fecha de la presentación de esta ponencia. Se observará que las ratificaciones de los Estados al convenio núm. 138, sobre edad mínima, es que el que tiene menos ratificaciones. Es interesante destacar la importancia de la situación de ratificaciones de normas internacionales para la discusión de un proyecto de Declaración Americana, en el entendido que la misma tiene por objetivo transformarse en un único documento que reúna los derechos de los pueblos indígenas asumida dentro del sistema de la OEA. Mientras un Estado no haya ratificado —por alguna razón particular— un convenio, pacto o tratado se mostrará más reticente a la inclusión en la Declaración de las normas contenidas en algún instrumento no ratificado. Por lo que, como se expresará, es de destacarse la importancia de la asunción de compromisos específicos de los Estados de ratificar los pactos y convenios internacionales que permitan uniformar la legislación internacional vigente en América.

Sin embargo, como se señaló, la mera ratificación de compromisos internacionales no es suficiente para la efectiva vigencia y aplicación de los derechos humanos en un país. Por lo que, se deberá ir más allá del

formalismo de la suscripción y avanzar hacia el compromiso de la efectiva vigencia de los derechos enumerados en las normas internacionales.

4. Observando el contenido de los diversos instrumentos internacionales reseñados, al menos dos aspectos fundamentales deben ser recogidos en una nueva declaración: el desarrollo de mecanismos tendentes a darle eficaz cumplimiento a los derechos allí declarados y la asunción de compromisos claros por parte de los Estados que permitan avanzar en la satisfacción de los derechos. Es decir, la Declaración no debiera limitarse solo a los derechos, sino que también debieran declararse, solemnemente, obligaciones que los Estados firmantes asumen para ellos mismos.

5. En su calidad de miembros de la comunidad internacional, los Estados debieran comprometerse al menos a adoptar todas aquellas normas de derechos humanos que en forma directa o indirecta regulan derechos mencionados en la declaración y que aún no se han adoptado, así como la aceptación de los mecanismos que dichos instrumentos regulan para el control de su cumplimiento.

Además, y tal como ha comenzado a hacerse en el marco del debate de este Proyecto, debieran comprometerse a permitir la máxima participación de los pueblos indígenas en diversos ámbitos del sistema interamericano no sólo en este proceso, sino en otros que en el futuro puedan darse, practicando con el ejemplo sobre el mandato de consulta obligatoria con los interesados que el Convenio 169 de la OIT (por cierto ratificado por muchos países del continente) exige.

También sería oportuno que, en épocas donde los denominados procesos de integración regional ocurren a lo largo y ancho del continente, los Estados se comprometieran a incluir los derechos de los pueblos indígenas como un tema relevante que exige ser contemplado en el marco de dichos procesos.

6. A su vez, ya en el ámbito interno de cada país, la Declaración debiera incluir de alguna forma, compromisos estatales que permitan realmente crear las condiciones propicias para el goce de los derechos allí contenidos. Por ejemplo, una enumeración de derechos económicos y sociales que no se acompañe por la elaboración y puesta en marcha de políticas públicas adecuadas, no tendría sustento real para su concreción. Asimismo, el compromiso de la adecuación legislativa desde la perspectiva de la multiculturalidad y el otorgamiento de recursos apropiados para permitir la exigibilidad de los derechos reconocidos, también debiera ser parte de la Declaración comentada.

7. Contrariamente a lo sugerido en los numerales anteriores, nos preocupa que el Proyecto de Declaración Americana contenga enunciados que, en caso de aprobarse, constituirían un retroceso respecto a los niveles actuales de protección de los derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del capítulo referido a los derechos laborales. Al comienzo se hace una remisión a las normas internacionales e internas pero luego se enuncian algunos derechos. En nuestra opinión, sería técnicamente más adecuado o bien remitirse específicamente a determinadas normas internacionales que se consideran parte de la Declaración o realizar una enumeración exhaustiva de los derechos laborales individuales y colectivos que se pretenden proteger para los pueblos indígenas. En este sentido, el Proyecto de Declaración no contiene normas específicas sobre salarios, mecanismos de protección salarial, jornadas, descansos, vacaciones, trabajo rural, perspectiva de género y seguridad social. En materia de derechos colectivos laborales existe una noción confusa de convenios colectivos (que se concluyen “con empleadores u organizaciones de trabajadores”). Tampoco es adecuada la referencia a la libertad sindical (derecho de asociación y derecho a dedicarse libremente a las actividades sindicales).

A este respecto, nos hacemos la siguiente pregunta ¿si el Proyecto de Declaración constituye un avance respecto de lo previsto en otras normas internacionales para la protección de los derechos laborales de los pueblos indígenas? Por lo anteriormente señalado consideramos que no. Tanto por la falta de claridad en la norma que reenvía a las disposiciones internacionales y nacionales, cuanto por la redacción confusa de los derechos particulares que se consagran, y por último por la ausencia de mecanismos que obliguen a los Estados al cumplimiento de las normas laborales en sus países. Se menciona a la administración del trabajo, expresando que se deberá “mejorar el servicio de inspección del trabajo”, pero no se establecen mecanismos para que efectivamente se logren progresos en la región respecto del contralor de cumplimiento de normas laborales en la región.

8. Estos comentarios pretenden ser una primera aproximación al tema, pues ni el tiempo del que se dispone para la exposición ni el estado actual del proceso de elaboración del Proyecto de Declaración permiten un abordaje más profundo. Sin embargo, sirvan estas apreciaciones como aportes a la discusión con el único objetivo de colaborar a mejorar la propuesta.

CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT

<i>Países</i>	<i>PDESC</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>	<i>CIT 169*</i>	<i>CIT 29</i>	<i>CIT 105</i>	<i>CIT 87</i>	<i>CIT 98</i>	<i>CIT 100</i>	<i>CIT 111</i>	<i>CIT 138</i>
Argentina	X		X	X	X	X	X	X	X	X
Bahamas				X	X		X			
Barbados	X									
Belice				X	X	X	X	X	X	
Bolivia	X		X		X	X	X	X	X	X
Brasil	X	X		X	X		X	X	X	
Canadá	X									
Chile	X			X	X	X	X	X	X	X
Colombia	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Costa Rica	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

* CIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales; CIT 29 sobre trabajo forzoso; CIT 105 sobre abolición del trabajo forzoso; CIT 87 sobre la libertad sindical y protección al derecho de sindicación; CIT 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; CIT 100 sobre igualdad de remuneración; CIT 111 sobre la discriminación, CIT 138 sobre edad mínima.

CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT (continuación)

<i>Países</i>	<i>PDESC</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>	<i>CIT 169*</i>	<i>CIT 29</i>	<i>CIT 105</i>	<i>CIT 87</i>	<i>CIT 98</i>	<i>CIT 100</i>	<i>CIT 111</i>	<i>CIT 138</i>
Cuba				X	X	X	X	X	X	X
República Dominicana	X			X	X	X	X	X	X	X
Ecuador	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
El Salvador	X	X		X	X				X	X
Estados Unidos	X				X					
Granada	X									
Guatemala	X		X	X	X	X	X	X	X	X
Guyana	X									
Haití				X	X	X	X	X	X	

* CIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales; CIT 29 sobre trabajo forzoso; CIT 105 sobre abolición del trabajo forzoso; CIT 87 sobre la libertad sindical y protección al derecho de sindicación; CIT 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; CIT 100 sobre igualdad de remuneración; CIT 111 sobre la discriminación, CIT 138 sobre edad mínima.

CONVENIOS FUNDAMENTALES DE LA OIT (continuación)

<i>Países</i>	<i>PDESC</i>	<i>Protocolo de San Salvador</i>	<i>CIT 169*</i>	<i>CIT 29</i>	<i>CIT 105</i>	<i>CIT 87</i>	<i>CIT 98</i>	<i>CIT 100</i>	<i>CIT 111</i>	<i>CIT 138</i>
Honduras	X		X	X	X	X	X	X	X	X
México	X	X	X	X	X	X		X	X	
Nicaragua	X			X	X	X	X	X	X	X
Panamá	X	X		X	X	X	X	X	X	
Paraguay	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Perú	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Trinidad y Tobago				X	X	X	X	X	X	
Uruguay	X	X		X	X	X	X	X	X	X
Venezuela	X			X	X	X	X	X	X	X

* CIT 169 sobre pueblos indígenas y tribales; CIT 29 sobre trabajo forzoso; CIT 105 sobre abolición del trabajo forzoso; CIT 87 sobre la libertad sindical y protección al derecho de sindicación; CIT 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; CIT 100 sobre igualdad de remuneración; CIT 111 sobre la discriminación, CIT 138 sobre edad mínima.