

## CAPÍTULO QUINTO

### EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL INDÍGENA

#### I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>1</sup> adoptado el 27 de junio de 1989 por la OIT, está en vigor en México desde el 5 de septiembre de 1991.

El gobierno mexicano ratificó ante la OIT este Convenio el 5 de septiembre de 1990, el Senado lo aprobó el 11 de julio de 1990 (*Diario Oficial de la Federación*, en adelante DOF, 3 de agosto de 1990) y fue publicado en el DOF de 24 de enero de 1991. Con base en el artículo 38 del Convenio éste entra en vigor un año después de su ratificación ante la OIT. A diez años de su vigencia el Estado mexicano tiene un año para *denunciarlo*, es decir, no volver a ratificarlo, si considera que sus obligaciones ya han sido cumplidas (artículo 39).

En este trabajo analizaré las obligaciones que el Estado mexicano se ha comprometido a cumplir al ratificar el Convenio, es decir, las políticas públicas de integración pluricultural y su impacto en el derecho nacional, con base en la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001.<sup>2</sup>

#### II. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTEGRACIÓN PLURICULTURAL

El Convenio 107 de 1957 justificó las políticas públicas de asimilación de las culturas indígenas en las culturas nacionales con base en las carac-

<sup>1</sup> Este Convenio es el producto de la revisión del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (número 107), adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 26 de junio de 1957 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 7 de julio de 1960.

<sup>2</sup> “Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, t. DLXXV, núm. 10, primera sección, 14 de agosto de 2001, pp. 2-4.

terísticas y criterios de éstas. Se consideró a los pueblos indígenas como culturas en vías de extinción o “en transición”. El Convenio 169 de 1989 se basa ahora en el reconocimiento de la permanencia de las culturas indígenas y establece políticas públicas de integración pluriculturales a través de transformaciones legislativas e institucionales con la participación de los pueblos indígenas. Existen dos tipos de políticas públicas en relación con los pueblos indígenas que inciden en el derecho nacional: las basadas en el respeto a la libre determinación de los pueblos indígenas al interior del Estado y las que se fundamentan en el respeto al desarrollo participativo, sustentable y equitativo.

### *1. Políticas públicas de respeto a la libre determinación*

En tres ámbitos del derecho nacional inciden las obligaciones de respeto a la libre determinación: en el derecho cultural, en el derecho político y en el derecho judicial.

#### *A. En el derecho cultural*

La política del Estado en relación con los pueblos indígenas está obligada a considerar sus culturas como patrimonio de la humanidad. En este sentido, deberá establecer medidas para proteger su integridad cultural respetando y preservando los idiomas, religiones, medicina y educación indígenas. Con esto se reconoce el derecho a la diferencia cultural obligándose el Estado, igualmente, a combatir toda discriminación que puedan sufrir los pueblos indígenas. El Estado así se obliga a apoyar la adquisición y administración de medios de comunicación masiva por parte de los pueblos indígenas, para que puedan transmitir y, en su caso, defender su imagen e identidad cultural.

Estas obligaciones contenidas en el Convenio 169 implican dos tipos de medidas por parte del Estado: el reconocimiento de la autonomía cultural de los pueblos indígenas y la asunción explícita de proteger dicha autonomía.

#### *a. El reconocimiento de la autonomía cultural*

En la reforma constitucional está reconocida la autonomía cultural de los pueblos indígenas cuando se establece en el artículo segundo que “La

Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas”.<sup>3</sup> En este sentido, como este reconocimiento se da *al interior* del Estado, tal como el Convenio lo establece, me parece innecesaria la adición que establece, más como aclaración o constatación, como una irreverente advertencia, que: “La Nación Mexicana es única e indivisible (artículo 2o., primer párrafo)”. Lo que sí me parece plausible de la reforma es el de considerar que comunidades equiparables a los pueblos indígenas, como podrían ser los menonitas, árabes, judíos, chinos, italianos..., es decir, comunidades de extranjeros establecidos en nuestro país, puedan tener los mismos derechos que aquéllos (artículo 2o., apartado B, fracción IX, tercer párrafo).

Los párrafos introductorios del artículo segundo nos dan elementos de identificación de los sujetos de los derechos, es decir, de los pueblos indígenas. Estos elementos constan en el Convenio 169: los históricos como poblaciones que sufrieron un proceso de colonización y que conservan parte o el total de sus culturas, y el principio de autoadscripción con base en el cual los mismos pueblos tienen el derecho de determinar quiénes son sus miembros. La reforma completa estos elementos para identificar a las comunidades indígenas como integrantes de los pueblos caracterizadas como unidades culturales asentadas en un territorio, y que eligen a sus autoridades con base en sus normas internas.

El artículo establece que el “reconocimiento” lo harán los Estados, en el contexto en que esto se afirma se refiere a los elementos de *identificación* de los pueblos indígenas, por tal motivo considero que debe entenderse dicho reconocimiento como la obligación que tienen los estados para *identificar* a los sujetos de los derechos. Así se puede evitar la confusión que la redacción del párrafo quinto introductorio ha provocado ya que dicha obligación se establece después de afirmarse que “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. Lo cual debería ser el párrafo seis, que introduciría los ámbitos de expresión de dicho derecho. Uno de los cuales es la autonomía cultural como consta expresamente también en la fracción primera del apartado “A”.

Este reconocimiento está protegido cuando se establecen expresamente las obligaciones del Estado en la materia.

<sup>3</sup> Esta frase es lo único que se conservó del artículo cuarto reformado el 28 de enero de 1992.

### b. Protección a la autonomía cultural

Con base en el tercer párrafo del artículo 1o. el Estado mexicano se obliga a combatir toda forma de discriminación motivada por el origen étnico o “nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Este sería el fundamento constitucional para una ley en contra de la discriminación en México.<sup>4</sup>

En el apartado B del artículo 2o. se establece la obligación del Estado mexicano para establecer nuevas políticas e instituciones que garanticen el desarrollo *integral* de los pueblos indígenas. Con esta obligación expresa se rompe el círculo vicioso de las reformas constitucionales que reconocían derechos, pero no se aplicaban, se decía que eran principios *programáticos* aplicables cuando el Estado pudiera, pero en realidad justificaban su inconstitucionalidad por omisión. Otro avance, en este sentido, es que también una reforma constitucional establezca la obligación del Estado para designar las partidas presupuestales específicas para que se cumpla lo encomendado por esta reforma, “así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas (artículo 2o., apartado B, fracción IX, párrafo segundo).<sup>5</sup> Con estas obligaciones explícitas las acciones de inconstitucionalidad en caso que el Congreso federal las incumpla será el camino legal de los pueblos indígenas para exigir su cumplimiento ante la Suprema Corte de Justicia, así como las controversias constitucionales en caso que las legislaturas locales tampoco cumplan con estas obligaciones.

La obligación de apoyar el acceso a medios de comunicación masiva propios, que consta en el Convenio y en la Iniciativa, está reconocida en la reforma (artículo 2o., apartado B, fracción VI).

<sup>4</sup> La Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, incluso ya elaboró un Anteproyecto de Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en México. Dicha Comisión ha publicado un informe sobre las discusiones de esta ley llamado *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*.

<sup>5</sup> Sobre el debate en relación con el porcentaje a asignar, véase Becerril, Andrea, “Indígenas, ignorados en el proyecto de gasto social”, *La Jornada*, México, 15 de noviembre de 2001, p. 21; Gómez Mena, Carolina, “Programas indígenas requieren por lo menos \$140 mil millones. No hay intención de enviarles recursos: Héctor Sánchez”, *La Jornada*, México, 22 de noviembre de 2001, p. 22.

Analizaremos los aspectos de la política indigenista en el ámbito cultural cuando veamos su impacto en el derecho social, en el de la seguridad social, en el laboral y en el ambiental.

Toquemos ahora el impacto del respeto a la libre determinación en el derecho político y en el judicial.

### *B. En el derecho político*

La obligación del Estado a reconocer y aplicar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en su interior están señalados en el Convenio 169. El ejercicio de este derecho, se aclara, no puede ser aplicado en el ámbito del derecho internacional, sino en el ámbito político de cada Estado. De esta manera, el Estado mexicano se obliga a reconocer la integridad de la organización política de los pueblos indígenas a través del respeto a sus formas propias de elección de sus autoridades y a las formas de gobernarse a sí mismos.

La reforma constitucional reconoce el derecho de los pueblos indígenas a elegir sus autoridades y a que éstas ejerzan sus formas propias de gobierno, con “la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones” en el marco de la unidad nacional (artículo 2o., apartado A, fracción II). Una de las controversias en relación con este reconocimiento es que no se establece el nivel de gobierno al cual los pueblos indígenas accederían. Con lo cual se entiende que son los estados los que decidirán, en el marco constitucional vigente, el nivel de gobierno que tendrán las autoridades indígenas (municipal y/o comunitario). En este sentido, me parece desafortunada la inclusión en el apartado A (donde se establece el reconocimiento de los ámbitos de expresión autonómica), de que los pueblos y comunidades indígenas serán consideradas como “entidades de interés público”. Reconocimiento que debería haberse hecho en el apartado B, que es donde constan las bases de la política indigenista tutelar con participación de los pueblos indígenas. Un ejemplo de entidades de interés público, con base en el artículo 41, fracción I, constitucional, son los partidos políticos, con lo cual el Estado tutela su actividad, pero no los considera autoridades:

La Constitución mexicana, a diferencia de otras, otorga una naturaleza especialísima a los partidos políticos, los reputa como entidades de interés público, es decir, los partidos en México no son asociaciones privadas,

como en el derecho anglosajón, ni órganos del Estado, como alguna vez fueron considerados por la doctrina jurídica alemana, sino que son asociaciones intermedias entre los ciudadanos y las instituciones. No tiene carácter de personas morales de derecho público como los organismos descentralizados, pero tampoco su estatuto es de derecho privado.<sup>6</sup>

A no ser que este reconocimiento, que tienen que hacer los estados de los pueblos indígenas como entidades de interés público, se entienda y se aplique, precisamente, en relación con su política de atención social hacia ellos. El impacto del respeto a la libre determinación en el derecho político implica el reconocimiento, de los pueblos indígenas como *entidades de derecho público*, es decir, como órganos del poder político nacional, como autoridades, tal como lo establece la iniciativa de reforma, y no como asociaciones intermedias entre los ciudadanos indígenas y las instituciones estatales. Para lo cual, como también consta en dicha iniciativa, se tienen que convertir en municipios: “Las legislaturas de los Estados podrán proceder a la remunicipalización de los territorios en que estén asentados los pueblos indígenas, la cual deberá realizarse en consulta con las poblaciones involucradas (artículo 115, fracción X, segundo párrafo)”. En este sentido, la reforma sólo reconoció, dentro del ámbito municipal, el derecho de las comunidades indígenas a “coordinarse y asociarse”, no se sabe para qué y cómo, eso lo tendrá que establecer la ley (artículo 115, fracción tercera).<sup>7</sup>

Otro aspecto de los derechos políticos que no contiene la reforma constitucional es la posibilidad contemplada en la iniciativa de redistribuir los ámbitos de participación electoral a nivel nacional y estatal (artículos 53 y 116), tomando en cuenta la ubicación geográfica de los pueblos indígenas, para propiciar su participación en los órganos de decisión política nacional y estatal ya establecidos. Sólo se estableció en un artículo transitorio, es decir, fuera de contexto y por tanto con consecuencias jurídicas meno-

<sup>6</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “Artículo 41”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, t. I, 9a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 496.

<sup>7</sup> Sobre elementos para la distinción entre entidades de derecho público y de interés público, véase Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 33a. ed., revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 1994, pp. 81-88; Gaxiola Moraila, Federico Jorge, “Derecho privado y derecho público”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. III-D, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 197-199; Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 17a. ed., corregida y aumentada por Andrés Serra Rojas Beltri, México, Porrúa, 1996, pp. 891-901.

res e inciertas, que únicamente debía hacerse la redistribución en distritos electorales uninominales (artículo 3o.). A nivel municipal se reconoció el derecho de los pueblos indígenas a elegir representantes solamente en los municipios ya establecidos “con población indígena”, en los términos que los estados establezcan (artículo 2o., apartado A, fracción VII).

Los derechos políticos de los pueblos indígenas con base, pues, en la reforma constitucional tendrán que desarrollarse en las legislaciones de los estados: señalando el nivel de gobierno, las características de las asociaciones y los términos de la elección de sus representantes en municipios ya establecidos. Algo que no resulta claro realizar en el corto plazo. Tal parece que la técnica legislativa estuvo al servicio, en esta reforma, de la confusión, desafortunadamente, para evitar, parece ser, el desarrollo legislativo ordenado, continuo, de los derechos de los pueblos indígenas.

### C. *En el derecho judicial*

Las políticas públicas de derecho judicial en relación con los pueblos indígenas se refieren, por una parte, al reconocimiento de su derecho a ejercer su derecho, es decir, sus sistemas normativos y su jurisdicción, y por otra, de la obligación del Estado a garantizar su derecho a acceder a la justicia estatal.

#### a. El reconocimiento del derecho indígena

La reforma constitucional reconoce la existencia de los sistemas normativos indígenas y condiciona su desarrollo al respeto de los derechos humanos, principalmente los de las mujeres (artículo 2o., apartado A, fracción II). Reconocimiento y condición negociada en los acuerdos de San Andrés y que consta en el Convenio y en la iniciativa de reforma.

El derecho indígena, establece la reforma, tendrá que ser *validado* por las autoridades judiciales del Estado. El espíritu del reconocimiento sugiere que por ello debe entenderse su respeto pleno y desarrollo coordinado con las instancias judiciales estatales.

#### b. El acceso a la justicia del Estado

El Estado se obliga, para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a acceder a sus órganos jurisdiccionales, a que en todos los juicios se

tomarán en cuenta las normas indígenas, y que en éstos habrá traductores e intérpretes de sus lenguas y culturas (artículo 2o., apartado A, fracción VIII). Lo ideal es que esto se traduzca en órganos jurisdiccionales del Estado *ad hoc* de y para indígenas, es decir, que sus miembros sean indígenas que conozcan sus lenguas y culturas, tal como ya existe en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo donde una Magistratura de Asuntos Indígenas fue creada como parte de éste y su encargado es un indígena que habla y conoce la cultura maya.<sup>8</sup>

La reforma constitucional toma en consideración la propuesta del Convenio en el sentido de considerar las características económicas, sociales y culturales de los indígenas al ser sancionados penalmente, ya que la iniciativa establecía que en caso del encarcelamiento de un indígena se debería asignar a un centro penitenciario cercano a su domicilio para facilitar su rehabilitación social, y ahora la reforma recoge este principio y lo amplía para cualquier sentenciado, sea indígena o no (artículo 18). Sin embargo, la iniciativa y la reforma no consideran la propuesta del Convenio en el sentido de que en caso de la aplicación de sanciones penales a indígenas: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (artículo 10, párrafo 2)”.

El derecho al territorio, como elemento esencial de una comunidad política y jurídica reconocida, en este caso, al interior del derecho político del Estado, no está establecido explícitamente en el Convenio. Sin embargo, al reconocerse la existencia de autoridades políticas y judiciales indígenas, su ámbito espacial de validez donde estas autoridades ejercerán su competencia y jurisdicción tendrá que establecerse con flexibilidad, tal como lo establece el artículo 34 del Convenio, tomando en consideración las condiciones de cada país. Sin el reconocimiento explícito del territorio indígena, como categoría política, como nivel de gobierno, los derechos culturales, políticos y judiciales mencionados tendrán un soporte material frágil.

## 2. Políticas públicas de respeto al desarrollo

El *principio de participación* es uno de los pilares de la pluriculturalidad que el Convenio sustenta. Significa que el Estado se obliga a con-

<sup>8</sup> Fuente: Ley de Justicia Indígena para el Estado de Quintana Roo (*Periódico Oficial* de 14 de agosto de 1997), mimeógrafo, Chetumal, INI, Delegación Estatal, Procuración de Justicia, sin fecha. El texto puede consultarse en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).



sultar a los pueblos indígenas en relación con las políticas públicas que intente aplicar en sus comunidades. Esto es válido tanto en el ejercicio de las políticas públicas de respeto a la libre determinación de los pueblos indígenas como de las que pretendan incidir en el mejoramiento de sus condiciones de vida, la protección de la salud, la preservación y enriquecimiento de sus culturas y recursos naturales. Lo que significa que el desarrollo de los pueblos indígenas deber ser participativo, equitativo y sustentable.

El principio de participación y las características de un desarrollo integral de los pueblos indígenas consta en la reforma constitucional, en el artículo 2o., apartado B, primer párrafo y fracción IX. Con base en estas normas los planes de desarrollo (nacionales, estatales y municipales) y los que se deriven, como el Plan Puebla Panamá, que el Estado pretenda aplicar en comunidades indígenas, deberán ser diseñados y aplicados, con la participación de los pueblos indígenas. Es de destacar que el Estado se obliga a propiciar, en particular, la participación política y el desarrollo educativo, de salud, productivo, de las mujeres indígenas (artículo 2o., apartado B, fracción V y VIII). Las obligaciones que el Estado asume en materia de desarrollo inciden en cuatro ámbitos del derecho nacional: en el derecho social, en el derecho a la seguridad social, en el laboral y en el ambiental.

#### *A. En el derecho social*

El Estado se obliga, al ratificar el Convenio, a garantizar el derecho a la educación de los pueblos indígenas respetando sus culturas, así como a combatir la discriminación por origen étnico en materia de empleo y garantizar el derecho a una vivienda digna para los indígenas mexicanos que habitan en su territorio.

La reforma constitucional establece, por su parte, que el Estado se obliga a impulsar la educación bilingüe e intercultural (se obliga incluso a establecer un sistema nacional de becas) y a incorporar en los programas educativos del Estado el conocimiento indígena (artículo 2o., apartado B, fracción II). Combatir la discriminación por origen étnico consta en el tercer párrafo del artículo 1o. En materia de vivienda se obliga a facilitar el acceso al financiamiento público y privado (*idem*, fracción IV).

### B. *En el derecho a la seguridad social*

El Estado se obliga por el Convenio 169 a garantizar el derecho a la salud de los pueblos indígenas estableciendo clínicas en las comunidades y combatiendo la discriminación en los centros de salud del Estado.

En la reforma constitucional el Estado asume su obligación para:

Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la aplicación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial de la población infantil (*idem*, fracción III).

El combate a cualquier forma de discriminación, como ya se mencionó, consta en el artículo 1o.

### C. *En el derecho laboral*

En materia laboral el Convenio establece que no podrá discriminarse en materia de empleo a los indígenas. La reforma, como ya mencionamos, estableció que está prohibida *toda* discriminación motivada por origen étnico (artículo 1o., párrafo tercero). En los juicios y procedimientos laborales, por otra parte, tendrán que tomarse en cuenta las normas indígenas y deberán proporcionarse, en el desarrollo de los mismos, a los trabajadores indígenas, intérpretes y defensores que tengan conocimiento de sus lenguas y culturas (artículo 2o., apartado , fracción VIII). La creación de empleos en zonas indígenas será obligatoriamente impulsada por el Estado (*ibidem*, fracción VII), así como las acciones para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores migrantes, tanto en el país como en el extranjero (*ibidem*, fracción VIII).

### D. *En el derecho ambiental*

El medio ambiente y los recursos naturales existentes en las comunidades indígenas, con base en el Convenio, deberán ser preservados. Cualquier política pública que pretenda modificar el medio ambiente o explotar los recursos naturales indígenas deberá aplicarse sólo con el consentimiento informado de los pueblos indígenas.

CONVENIO 169 DE LA OIT Y REFORMA CONSTITUCIONAL INDÍGENA 283

La reforma garantiza el acceso a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios (donde habitan), es decir, al usufructo, salvo los que son de dominio exclusivo de la nación. Y con base en el principio de participación contenido en el primer párrafo del apartado B y su fracción IX, cualquier política de desarrollo en comunidades indígenas deberá ser *diseñada y operada* con la participación de los pueblos indígenas.

### III. CONCLUSIÓN

El cumplimiento del Estado mexicano de las obligaciones del Convenio está incompleto. La reforma constitucional del 14 de agosto cumple parcialmente con él. Se debe completar con base en lo que ya estaba acordado en San Andrés Larráinzar y que consta en la iniciativa de reforma. De esta manera se podrá retomar la negociación con los pueblos indígenas para discutir los temas de “democracia y justicia”, “desarrollo” y “mujeres indígenas”, y así cumplir cabalmente con el Convenio.

En un Estado de derecho responsable no se debe jugar con las aspiraciones legítimas de su población, en este caso, los pueblos indígenas. Las obligaciones del Estado contenidas en el Convenio y ahora en la Constitución en relación con los pueblos indígenas deben cumplirse enmendándose las confusiones, ampliándose los contenidos, y sobre todo, instrumentando su aplicación con políticas, partidas presupuestales e instituciones de impacto inmediato, eficiente y eficaz.