

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

Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Características del reconocimiento*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico indígena, es decir, la concepción, aprobación y aplicación de las normas propias de los pueblos indígenas, está reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹

La atención que la OIT ha dado a los pueblos indígenas se remonta a 1921 cuando se hace la propuesta de desarrollar estudios sobre las condiciones laborales de los trabajadores indígenas. A partir de entonces se destacan las siguientes acciones de la OIT:² la creación de la Comisión de Expertos en Trabajo Nativo (1926); la celebración de la Primera Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Santiago, Chile en 1936, donde se propuso que los países de América Latina proporcionaran un informe sobre la

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, jagg@servidor.unam.mx.

1 El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado por su Conferencia General de 7 de junio de 1989. Sobre las características del derecho indígena, véase González Galván, Jorge Alberto, “Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997.

2 Cfr. Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas de América Latina, Informe II de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Montevideo, Uruguay, en abril de 1949*, Ginebra, 1949; Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación* (capítulo 5, poblaciones indígenas: el Convenio de 1989), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991; Molina Palafox, Marco Antonio, *Análisis comparativo de los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en México*, Tesis de doctorado, Facultad de Derecho, UNAM, 1998.

situación económica y social de los indígenas (el cual sólo Perú realizó);³ la celebración de la Segunda Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en la Habana, Cuba en 1939, donde se renovó la propuesta de la primera conferencia, enviando un cuestionario a los países (lo que se hizo el año siguiente); la celebración de la Tercera Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en la Ciudad de México en 1946, donde se hicieron las propuestas de crear una Subcomisión Especial encargada del estudio de las cuestiones indígenas, y de una Comisión de Expertos sobre los Problemas Sociales de las Poblaciones Indígenas del Mundo, ambas desde el punto de vista de su condición de trabajadores y no antropológico; en 1949 la celebración de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, en Montevideo, Uruguay, donde se propuso que la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena (que se creara), atendiera la capacitación, seguridad y asistencia social de los indígenas, y que se elaboraran estudios monográficos por países sobre la distribución demográfica y ocupacional de los indígenas, y en 1953 la publicación de *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes*.⁴

Entre las medidas legislativas destacan los siguientes convenios y recomendaciones sobre pueblos indígenas:⁵ el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (y Recomendación 36 sobre la reglamentación del trabajo forzoso u obligatorio, ambos de 1930);⁶ el Convenio 50 sobre reclutamiento de trabajadores indígenas (y Recomendación 46 sobre la supresión progresiva de reclutamiento, ambos de 1936); el Convenio 64 sobre los contratos escritos de trabajo (en lengua original) de los trabajadores indígenas (y recomendaciones: 58 sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas, y 59 sobre la inspección del trabajo indígena, todos de 1939); el Convenio 65 sobre (la abolición progresiva de) sancio-

3 Poblete Troncoso, Moisés, *Condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1938.

4 *Estudios y documentos*, Ginebra, nueva serie, núm. 35, 1953. En 1955 la OIT recibió 33 cuestionarios contestados por países del mundo, incluyendo a México, véase Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, trigésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1956 [sic], Informe VIII (2), Ginebra, 1955.

5 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Convenio y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, 1985.

6 Convenio que fue derogado en 1957, véase Convenio 105, 1957.

nes penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato (1939);⁷ el Convenio 66 relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de los trabajadores migrantes (y recomendaciones relacionadas: 61 relativa al reclutamiento, colocación y condiciones de los trabajadores migrantes, y 62 sobre la colaboración entre los Estados en materia de reclutamiento, colocación y condiciones de los trabajadores migrantes, todos de 1939;⁸ el Convenio 86 relativo a la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas (1947); el Convenio 97 relativo a los trabajadores migrantes (y recomendaciones relacionadas: 86 sobre los trabajadores migrantes, y 100 sobre la protección de los trabajadores emigrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, todos de 1949); el Convenio 104 relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas (1955); el Convenio 105 relativo a la abolición del trabajo forzoso (1957); el Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes (Recomendación relacionada: 104 sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes, ambos de 1957); el Convenio 110 relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones (Recomendación relacionada: 110 sobre las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, ambos de 1958); el Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Recomendación relacionada: 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, ambos de 1958); el Convenio 122 relativo a la política del empleo (Recomendación relacionada: 122 sobre la política de empleo, ambos de 1964); el Convenio 141 sobre la organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social (y Recomendación relacionada: 149 sobre la organización de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social, ambos de 1975); el Convenio 142 sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos (y Recomendación relacionada: 150 sobre la orientación profesional y la

7 Este Convenio fue revisado en 1955, véase Convenio 104, 1955.

8 El Convenio 66 estableció en su artículo 8o., párrafo “d” que su normatividad no sería aplicable a los trabajadores indígenas. Sin embargo, diez años después (1949) al revisarse el nuevo Convenio (97) no se mencionó la inaplicabilidad para los trabajadores indígenas (artículo 1o., párrafo 2). En 1975 se adoptó un nuevo Convenio (151) sobre trabajadores migrantes.

formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos, ambos de 1975);⁹ el Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (1975); el Convenio 151 sobre los trabajadores migrantes (1975), y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

En cuanto a la legislación ratificada por México en materia de derechos de los pueblos indígenas tenemos los siguientes convenios:¹⁰ Convenio 29 ratificado el 12 de mayo de 1934, publicado en el *Diario Oficial* de 10 de agosto de 1935; Convenio 107 ratificado el primero de junio de 1959, publicado en el *Diario Oficial* de 7 de julio de 1960; Convenio 110 ratificado el 20 de junio de 1960, publicado en el *Diario Oficial* de 14 de septiembre de 1960; Convenio 111 ratificado el 11 de septiembre de 1961, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de enero de 1961; Convenio 141 ratificado el 28 de junio de 1978, y publicado en el *Diario Oficial* el 4 de diciembre de 1978, y el Convenio que nos ocupa, el 169, ratificado el 5 de septiembre de 1990, publicada su aprobación en el *Diario Oficial* el 3 de agosto, y su ratificación y promulgación el 24 de enero de 1991.

A casi ochenta años de *atender* con acciones y medidas legislativas los resultados obtenidos por la OIT no son muy satisfactorios. Veamos el proceso que tuvo el reconocimiento del derecho indígena. En la primera parte analizaremos la etapa que lleva a la OIT a considerar a los pueblos indígenas como sujetos de protección (desde el punto de vista socioeconómico) de las leyes laborales (como trabajadores), hasta considerarlos sujetos de protección (cultural: idioma, religión, gobierno, derecho) de todas las leyes (como pueblos), y en la segunda parte se estudian las características del reconocimiento, en particular, del derecho indígena.

II. ANTECEDENTES

La postura de la OIT en relación con los pueblos indígenas ha pasado de ser monotemática, es decir, un interés sólo como “trabajadores”, a un interés pluritemático: no sólo como trabajadores (atención social y econó-

9 En la Recomendación 150 se hace mención de entre los grupos especiales de población a las “Minorías lingüísticas y de otra naturaleza” (capítulo VII, párrafo “C”), y en el capítulo IX se menciona a los trabajadores migrantes.

10 Secretaría del Trabajo y Previsión Social (ed.), *México y la Organización Internacional del Trabajo*, 5a. ed., México, 1998.

mica), sino como grupo cultural (concepciones y prácticas religiosas, lingüísticas, políticas y jurídicas).

En el trabajo de Moisés Poblete Troncoso sobre los indígenas de Perú (promovido por la OIT en 1938),¹¹ no se menciona al derecho indígena (no olvidar el contexto de integración monocultural basado en mejoras socioeconómicas y reconocimiento de derechos y obligaciones):

Sería indispensable mantener las comunidades indígenas como condición necesaria a la conservación y defensa de la raza indígena; perfeccionar su estructura económica, incorporar en ellas el régimen cooperativo agrario en sus diversos aspectos, a fin de hacerlos desempeñar un rol eficaz en la producción agrícola y en la vida general del país; sería aconsejable desde el punto de vista jurídico, reglamentar, cuanto antes, sus derechos y obligaciones, su constitución, sus relaciones y demás aspectos indispensables a su existencia, defensa y desarrollo.¹²

Este criterio de integración monocultural influyó tanto en las posturas oficiales, como en las organizaciones indígenas: Primera Convención Interamericana de Maestros (Buenos Aires, 1918); Congreso de Economía Social de Río (Río de Janeiro, 1923); Conferencia Internacional de Economía Social (Buenos Aires, 1924); Séptima Conferencia Panamericana (Montevideo, 1933); Acuerdo Perú-Colombia de 1934 (es de destacar que en dicho acuerdo se establece la enseñanza a los indígenas en su propio idioma y la abolición del trabajo forzoso u obligatorio); Séptimo Congreso Científico Americano celebrado en México en 1935 (donde se propone la creación de un Departamento de Asuntos Indígenas y de Sociedades de Amigos del Indio, en los países de la región), y el Séptimo Congreso Panamericano de la Enseñanza, México, 1937, donde se propone convocar a un Congreso Continental para estudiar el problema de los indios en los países de América Latina.¹³

11 Véase nota 3.

12 Roca, Erasmo, *Por la clase indígena*, Lima, 1936, cit. por Moisés Poblete, *op. cit.*, p. 57. No obstante la falta de mención explícita al derecho indígena, en la bibliografía menciona algunos trabajos: Guevara, Víctor J., "Derecho consuetudinario de los indios del Perú y su adaptación al derecho moderno", *Revista Universitaria*, II semestre, Cuzco, 1924; Marín Luján, I. M., *Sistema penal indígena*, [sin otros datos de localización]; Svirichi, Luis, "La prueba matrimonial del indígena", *La Sierra*, núm. 3 [sin más datos].

13 *Ibidem*, pp. 211-217. En este mismo sentido, cabe mencionar el interés de la OIT por recopilar información sobre la situación económica y social de los pueblos indígenas al enviar a los Estados miembros un cuestionario en 1940.

En la Tercera Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (1946), cuando se propuso la creación de una Subcomisión Especial sobre el Estudio de las Cuestiones Indígenas y de una Comisión de Expertos sobre los Problemas Sociales de las Poblaciones Indígenas del Mundo, se sugirió que ambas comisiones desarrollaran su trabajo tomando en cuenta la condición de trabajadores de los indígenas, y no desde el punto de vista antropológico.¹⁴

En la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (1949), se establecieron seis temas de discusión sobre “la situación de los problemas aborígenes”, donde no se incluían explícitamente los derechos de los pueblos ni mucho menos un tema relacionado con sus sistemas jurídicos internos.¹⁵

En 1953 la OIT publicó el trabajo sobre las poblaciones indígenas del mundo, donde se da cuenta de la primera reunión de la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena (1951) que se encargaría de revisar tres temas: las condiciones de vida, la legislación indígena en los países, y los métodos y resultados de la integración.¹⁶

En la segunda reunión de la Comisión de Expertos celebrada en Ginebra en 1954, se hace referencia explícita al derecho indígena. Se establecieron los criterios de una integración indígena a la legislación dominante en los países que habitaban, respetuosa de sus normas propias, pero condicionada a abandonarlas a medida que avanzara dicha integración:

A este respecto, la Comisión estimó que convendría admitir que, mientras los grupos indígenas vivan en condiciones de aislamiento y de protección, sus derechos y deberes deberían definirse teniendo en cuenta *sus normas consuetudinarias* [las cursivas son mías], pero a medida que se avance en el proceso de integración, los indígenas que hubiesen adquirido sus derechos de ciudadanía deberían asumir gradualmente los deberes que les correspondan, según la legislación nacional.¹⁷ Con ello, la OIT ya conside-

14 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas de América Latina*, Informe II de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Montevideo, Uruguay, en abril de 1949, Ginebra, 1949, p. 3.

15 *Ibidem*, p. 5.

16 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes. Estudios y documentos*, Ginebra, nueva serie, núm. 35, 1953.

17 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, trigésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1955, Informe VIII (1), Ginebra, 1955, p. 17.

raba que lo “indígena” no sólo estaba relacionado con su situación socio-económica, es decir, laboral (en sentido amplio), sino que había que atender “los aspectos etnológicos y culturales que reviste el problema en su conjunto”.¹⁸

Esta integración jurídica estatal, es decir, este colonialismo jurídico estatal, sobre el derecho indígena se consolidaría en la elaboración de un instrumento jurídico (de los Estados) “para la protección e integración de los indígenas” mediante “normas generales” basadas en estudios de la legislación y prácticas nacionales, propuestas de conferencias internacionales, expertos y de otros organismos internacionales. En la concepción y discusión de lo que sería el Convenio 107, pues, no fueron escuchados los pueblos indígenas, simplemente dicho instrumento tendría que adaptarse “a las condiciones especiales de vida de las colectividades aborígenes”.¹⁹

III. CARACTERÍSTICAS DEL RECONOCIMIENTO

La información sobre legislación y prácticas de los Estados en materia de integración indígena, es decir, de etnocidio indígena, fue recopilada en su mayor parte con base en un cuestionario. Los rubros de éste determinarían las partes que se integrarían al que sería el Convenio 107:

- I. Forma del instrumento internacional.
- II. Definición y campo de acción.
- III. Cuestiones generales.
- IV. Derechos y deberes.
- V. Tierras.
- VI. Reclutamiento y condiciones de empleo.
- VII. Formación profesional.
- VIII. Artesanía e industrias rurales.
- IX. Asistencia social y seguridad social.
- X. Sanidad.
- XI. Educación.
- XII. Idiomas y otros medios de comunicación.
- XIII. Tribus fronterizas.
- XIV. Administración.²⁰

18 *Ibidem*, p. 57.

19 *Ibidem*, p. 207.

20 *Ibidem*, pp. 208-224.

Las preguntas del rubro IV sobre “Derechos y deberes” establecen las características del reconocimiento al derecho indígena en el marco de las legislaciones nacionales. Las preguntas son las siguientes:

16. ¿Se considera que al definirse los derechos de los indígenas no integrados debiera tomarse debidamente en consideración las normas del derecho tribal?

17. ¿Se considera que con la evolución del proceso de integración una persona indígena que disfrute efectivamente de los derechos de ciudadanía debiera asumir todas las correspondientes obligaciones que prescriba la legislación nacional?

18. ¿Se considera que el hecho de que la víctima de un delito cometido por una persona no indígena sea miembro de un grupo indígena no integrado debiera considerarse como circunstancia agravante al determinarse la pena correspondiente?

19. ¿Se considera que las autoridades responsables de la protección de los intereses de las poblaciones indígenas no integradas y competentes para comprender los móviles culturales que hayan podido inspirar a los delinquentes indígenas, debieran estar asociadas, a título consultivo, con los tribunales que juzguen los delitos o infracciones cometidos por dicha personas?

20. ¿Se considera que, en la medida en que ello sea compatible con el bienestar de la comunidad nacional, debieran utilizarse y respetarse las formas de control social propias de los grupos indígenas no integrados, a los efectos del procedimiento a seguir respecto de los delitos o infracciones cometidos por miembros de dichos grupos?

21. a) ¿Se considera que las personas pertenecientes a estos grupos debieran ser protegidas contra la detención preventiva en su forma abusiva, teniéndose en cuenta el grado de evolución cultural del inculcado al determinarse la pena?

b) ¿Se considera que debiera darse preferencia a los medios de readaptación, evitándose el encarcelamiento en la medida de lo posible?

Las respuestas a estas preguntas dadas por México fueron hechas en bloque, de esta manera se consideró que no se estaba de acuerdo en establecer una legislación especial (entendida como una legislación tutelar, como se dio bajo la Colonia española), y que a pesar de reconocer los perjuicios causados por no conocer el castellano ni la legislación existente, se estaría a lo que las leyes vigentes establecieran.²¹

21 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, trigésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1956 (*sic*), Informe VIII (2), Ginebra, 1955, pp. 27 y 28.

En su respuesta México (supongo que a través del Instituto Nacional Indigenista) hace un reconocimiento implícito a la existencia del derecho indígena y las contradicciones con la legislación del Estado:

En muchas ocasiones, las disposiciones legales de carácter nacional no coinciden con *las normas consuetudinarias* [las cursivas son mías] características de las comunidades indígenas, [por ejemplo, en el] problema del trabajo muchas de esas normas consienten el trabajo personal no remunerado, cuando se destina en beneficio de la colectividad [y a pesar de los abusos que puedan presentarse se respetan] sus propios medios de control social, en los problemas y en las obras que ellas mismas propongan.²²

La pregunta 22 que forma parte del rubro IV “Derechos y deberes”, México la contestó aparte: “¿Se considera que, salvo en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos, la prestación de servicios personales de cualquier índole por los indígenas, remunerados o no, en beneficio de los terratenientes y de las autoridades civiles, militares o religiosas debiera prohibirse y que su exacción debiera ser penada por la ley?”²³ La respuesta de México fue en el sentido de aceptar el servicio personal cuando sea remunerado, siempre que sea lícito, regulado, y su rechazo cuando el trabajo personal buscara someter la libertad de trabajo del indígena.²⁴

En el Convenio 107 aprobado por la OIT en 1957 el rubro “Derechos y deberes” no fue preservado, sin embargo, las respuestas a las preguntas correspondientes a dicho rubro se integraron a la parte I. Principios generales, en los artículos 7o. a 10.²⁵ Con base en el método de la complejidad propuesto por Edgar Morin,²⁶ haremos un análisis de las características del reconocimiento del derecho indígena. Dicho método establece que en el estudio de las relaciones entre entes diferentes deben tomarse en cuenta

22 *Ibidem*, p. 28. Esta misma respuesta podría ser aplicada a la pregunta 11, inciso “a”, que dice “¿Se considera que es necesario: tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social que existen en las poblaciones indígenas, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto individual como colectivamente, cuando dichas poblaciones se hallan expuestas a un cambio social o económico;”, *ibidem*, informe VIII (1), p. 209. La respuesta a esta pregunta fue contestada en bloque de la 5 a la 15, donde se establece que si bien el Estado no debe imponer sus medidas, sí debe intervenir para integrar a los indígenas a la vida nacional, *ibidem*, informe VIII (2), pp. 15 y 16.

23 *Ibidem*, informe VIII (1), p. 210.

24 *Ibidem*, informe VIII (2), p. 34.

25 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Convenios...*, pp. 965 y 966.

26 *La méthode. La connaissance de la connaissance. Anthropologie de la connaissance*, París, Seuil, 1986, pp. 98-101; e *Introducción a la pensée complexe*, 2e. tirage, París, ESF Éditeur, 1991.

tres características: la originalidad de cada ente, lo que los complementa y lo que los contradice. En este sentido, analizaremos las características que los entes llamados Estados y su derecho internacional (en este caso), otorgan a los entes llamados indígenas y a su derecho interno con base en los artículos mencionados.

1. Reconocimiento a la originalidad

El derecho indígena existe y las normas del Convenio lo reconocen al establecer que “se deberá tomar en cuenta su derecho consuetudinario” (artículo 7o., párrafo 1); “podrán mantener sus propias costumbres e instituciones” (artículo 7o., párrafo 2); “los métodos de control social propios” (artículo 8o., párrafo “a”); “las costumbres de dichas poblaciones en materia penal” (artículo 8o., párrafo “b”).

2. Reconocimiento a la complementariedad

Ante esta coexistencia de hecho entre normas estatales (de los “países independientes”) y normas consuetudinarias (de las “poblaciones indígenas y tribuales”), se establecen ciertos criterios de coordinación: “Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario” (artículo 7o., párrafo 1); “los miembros de dichas poblaciones [ejercerán], con arreglo a su capacidad individual, los derechos [y las obligaciones] reconocidos a todos los ciudadanos de la nación (artículo 7o., párrafo 3)”;

cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal (artículo 8o., párrafo “b”); “Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales” (artículo 10, párrafo 1); “Al imponerse penas previstas en la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones” (artículo 10, párrafo 2); “Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento” (artículo 10, párrafo 3).

3. Reconocimiento a las contradicciones

El derecho indígena existe, coexiste con el derecho estatal, pero no conviven, por ello ante sus contradicciones será el derecho de los países independientes el que prevalecerá: “Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales *que no se hallan integradas todavía a la colectividad nacional* [las cursivas son mías] y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”;²⁷ “Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración” (artículo 7o., párrafo 2); “En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones” (artículo 8o., inciso “a”).

El reconocimiento que hace el Convenio 107 al derecho indígena se caracteriza por ser condicionado, es decir, su existencia será respetada siempre que las leyes del Estado lo permitan. Y si tomamos en cuenta que el “espíritu” del Convenio es el de considerar a los indígenas como grupos en proceso de integración, es decir, en transición a la modernidad de las culturas nacionales, entonces, el reconocimiento del derecho indígena se inscribe en una estrategia no de respeto a su desarrollo propio, sino de una integración jurídica colonialista.

El Convenio se revisaría en 1989 (ahora Convenio 169) “a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.²⁸ Por lo tanto, se pretende que los pueblos sean autónomos... al interior de los Estados: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos [ya no “poblaciones”] 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 religión, dentro del marco de los Estados en que viven”.²⁹ En este contexto veamos las características del reconocimiento del derecho indígena.

27 Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Convenios...*, p. 63.

28 El texto citado del Convenio 169 se toma de González Galván, Jorge Alberto, *El derecho consuetudinario de las culturas indígenas de México. Notas de un caso: los nayerij*, México, UNAM-III, 1994, pp. 101-121.

29 *Ibidem*, p. 102.

4. *Reconocimiento de la originalidad*

El derecho indígena existe como sistema normativo original de los pueblos indígenas: “Deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8o., párrafo 1); “deberán tener el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias” (artículo 8o., párrafo 2); “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9o., párrafo 1).

5. *Reconocimiento de la complementariedad*

El derecho indígena coexiste con el derecho estatal, para lo cual: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8o., párrafo 1); “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir” (artículo 8o., párrafo 2, segunda frase); “los miembros de dichos pueblos (podrán ejercer) los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes” (artículo 8o., párrafo 3); “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (artículo 9o., párrafo 2); “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” (artículo 10, párrafo 1); “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (artículo 10, párrafo 2); “La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos” (artículo 11); “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien, por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (artículo 12, primera frase); “Deberá tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces” (artículo 12, segunda frase).

6. Reconocimiento de las contradicciones

El derecho indígena será respetado siempre que sea compatible con las normas del Estado: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (artículo 8o., primera frase); “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” (artículo 9o., párrafo 1).

El derecho indígena será respetado a condición de no rebasar “el marco del Estado”, “siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, es decir, los Estados parecen estarle diciendo al derecho indígena: “te respeto siempre y cuando tú me respetes a mí y a los derechos que yo he concebido, aprobado y aplicado (sin tu participación)”. Postura que dista mucho de alejarse de la que el colonialismo español adoptó en 1555:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y a la conservación y policía christiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos.³⁰

Que se guarden y ejecuten las normas indígenas, ordena la cédula real, pero como se trata de pueblos conquistados se reservan el poder de “añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene”, por ello dictaron otra cédula eliminando toda autoridad para una sobrevivencia sensata del derecho indígena, declarando que sólo la autoridad judicial

30 García Gallo, Alfonso, *Manual de derecho indiano*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, vol. 2, pp. 234 y 235.

colonial sería la jurisdicción suprema: “quedando siempre para Nos y nuestras Audiencias y gobernadores la jurisdicción suprema, así en lo civil como en lo criminal, y para hazer justicia donde ellos no la hizieren”.³¹

IV. CONCLUSIÓN

Está por terminar el milenio y el derecho al derecho de los pueblos indígenas (como cualquier pueblo de la humanidad) sigue estando subordinado a los intereses de los Estados en los cuales habitan como pueblos marginados, excluidos, explotados, colonizados.

Sin conciencia de esta situación los Estados que intervienen a favor de los pueblos indígenas, seguirán reproduciendo el esquema de dominación que han sufrido por varios siglos.

La existencia de varios sistemas jurídicos al interior de una misma entidad política es una constante histórica. La constante también ha sido, desafortunadamente, que dicha entidad política (llámese monarquía o república) ha excluido de su sistema normativo el de los pueblos indígenas. El “respeto” o “protección” que la monarquía absoluta y la república absoluta han otorgado a los indígenas, en relación con sus normas internas, ha sido absolutamente irrespetuoso, impositivo, intolerante y causantes de su indefensión.

La única salida, sensata, civilizada, duradera, estructural, a esta coexistencia de culturas jurídicas diferentes en un mismo territorio es el diálogo.³² El reconocimiento del derecho indígena pasa por el reconocimiento de esta coexistencia desigual de culturas jurídicas. El diálogo intercultural debe permitir encauzar el respeto a cada cultura jurídica (indígena y no indígena), reconociendo lo que a cada una le es propio, lo que las complementa y, sobre todo, lo que las opone. Ninguna concepción jurídica es superior a las otras. Se trata de escuchar al otro y acordar con él las normas comunes de convivencia respetuosa, tolerante y solidaria.

A pesar de todo, hoy por hoy, el Convenio 169 de la OIT sigue siendo el único texto vigente que conforma una plataforma a través de la cual

31 *Ibidem*, p. 797.

32 Sobre las características del diálogo intercultural, véase Sousa Santos, Boaventura de, “Por una concepción multicultural de los derechos humanos”, ponencia presentada en el seminario *Las ciencias y las humanidades en los umbrales del siglo XXI*, y publicada por el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, pp. 23 y ss., y sobre las características del diálogo, en general, véase Bohm, David, *Sobre el diálogo*, Barcelona, Kairós, 1995.

los Estados respetuosos, tolerantes, responsables y solidarios, con los pueblos indígenas (existentes o no en sus territorios) pueden impulsar este diálogo. Con ello, podría acordarse una revisión al Convenio, para dar voz y voto a los indígenas a través de los representantes de los trabajadores y así eliminar, realmente, “la orientación hacia la asimilación”, y reconocer, con hechos concretos, “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 religión”, como lo establecen sus considerandos.

Se tiene que acceder a una convivencia respetuosa entre el derecho occidental y el derecho indígena basada en un derecho pluricultural, es decir, un conjunto de normas y principios concebidos, aprobados y aplicados por ambos. Este derecho común, comunitario, tendrá que redefinir:

A) el principio del *derecho a la igualdad jurídica*, en el sentido de que se tiene que corregir la tendencia que tienen las diferencias culturales a discriminar a algunos;

B) el principio del *derecho a la diferencia cultural* en el sentido de corregir la tendencia que tiene la aplicación del principio de igualdad a despojar la identidad a algunos;³³

C) el principio de la *tolerancia*, en el sentido de corregir la tendencia a la imposición de puntos de vista del más fuerte político y socioeconómicamente, y

D) el principio de *solidaridad*, en el sentido de corregir la tendencia a olvidar la coresponsabilidad con los necesitados.

Con base en estos principios de convivencia pluricultural equilibrada, justa, digna, se pretenden establecer los pilares de un nuevo Estado, un Estado pluricultural de derecho, respetuoso del derecho indígena.

Los pueblos indígenas están listos, los Estados, parece, todavía no.

V. BIBLIOGRAFÍA

BOHM, David, *Sobre el diálogo*, Barcelona, Kairós, 1995.

GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de derecho indiano*, Madrid, Artes Gráficas Impresores, 1979, vol. 2.

33 Boaventura de Sousa Santos lo dijo mejor: “dado que todas las culturas tienden a distribuir personas y grupos de acuerdo con los dos principios concurrentes de pertenencia jerárquica y, por consiguiente, con concepciones concurrentes de igualdad y diferencia, *las personas y los grupos sociales tienen el derecho de ser iguales cuando la diferencia los inferioriza y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los descaracteriza*, *ibidem*, pp. 32 y 33.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *El derecho consuetudinario de las culturas indígenas de México. Notas de un caso: los nayerij*, México, UNAM-III, 1994.

—, “Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 89, mayo-agosto de 1997.

LERNER, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación* (capítulo 5, Poblaciones indígenas: el Convenio de 1989), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

MOLINA PALAFOX, Marco Antonio, *Análisis comparativo de los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en México*, Facultad de Derecho de la UNAM, 1998.

MORIN, Edgar, *La méthode. La connaissance de la connaissance. Anthropologie de la connaissance*, París, Seuil, 1986.

—, *Introducción a la pensée complexe*, 2e. tirage, París, ESF Éditeur, 1991.

Oficina Internacional del Trabajo (ed.), *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas de América Latina*, Informe II de la Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Montevideo, Uruguay, en abril de 1949, Ginebra, 1949.

—, *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes*, Estudios y documentos, nueva serie, núm. 35, Ginebra, 1953.

—, *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, trigésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1955, Informe VIII (1), Ginebra, 1955.

—, *Condiciones de vida y trabajo de las poblaciones indígenas en los países independientes*, trigésima novena reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1956 (*sic*), Informe VIII (2), Ginebra, 1955.

—, *Convenio y Recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984*, Ginebra, 1985.

POBLETE TRONCOSO, Moisés, *Condiciones de vida y de trabajo de la población indígena del Perú*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1938.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social (ed.), *México y la organización Internacional del Trabajo*, 5a. ed., México, 1998.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Por una concepción multicultural de los derechos humanos”, trabajo presentado en el Seminario *Las ciencias y las humanidades en los umbrales del siglo XXI*, y publicado por el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, 1998.