

LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y OTROS CONSIDERANDOS, REFLEXIONES PRELIMINARES

COLLECTIVE RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND OTHER CONSIDERATIONS, PRELIMINARY REFLECTIONS

*Javier González-Olaechea Franco**

Resumen:

En el marco del derecho internacional público, los derechos colectivos reconocidos y amparados por el Convenio núm.169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1969) son derechos humanos. Teniendo en cuenta que el derecho y la realidad se retroalimentan constantemente, aún más en la naciente era disruptiva, la multiculturalidad e interculturalidad, el enfoque de derechos, los sistemas internacionales de protección y el derecho internacional público permiten ofrecer reflexiones preliminares que subrayan estas relaciones en el progresivo reconocimiento del Convenio como parte del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Multiculturalidad, interculturalidad, derechos colectivos, pueblos indígenas, derecho internacional público y OIT.

Abstract:

In the framework of public international law, the collective rights recognized and protected by the ILO Convention No. 169 on indigenous and tribal peoples (1969) are considered human rights. Considering that law and reality constantly feed each other, even more so in the emerging disruptive era, multiculturalism and interculturality, the rights approach, international protection systems and public international law allow to offer preliminary reflections that underline these relationships in the progressive recognition of the Convention as part of international human rights law.

* Doctor en Ciencia Política (SCL) por la Universidad de Belgrano, Argentina, experto en Gobierno (Excelencia) por la ENA de Francia y Licenciado en Ciencias Políticas (especialización en relaciones internacionales) por la Universidad Católica Argentina. Ex Asesor de los despachos de Trabajo, PCM, Interior y Energía y Minas. Exdirectivo privado, exprofesor universitario, exdirector y exfuncionario de Normas Internacionales de la OIT. Consultor, columnista, investigador y conferencista sobre reformas, relaciones internacionales y la Era Disruptiva.

Nota: En la presente fundamentación, toda mención al Convenio refiere al Convenio núm.169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1969). De igual forma, toda mención a los pueblos indígenas incluye a los pueblos tribales.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

Key words: Multiculturalism, interculturalism, collective rights, indigenous people, public international law, and ILO.

.....

1. Multiculturalidad e interculturalidad

La multiculturalidad constata y explica la coexistencia de múltiples culturas que conviven en el mundo dentro de estados determinados en donde se manifiestan sus distintivas diferencias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas, étnicas, socioeconómicas, organizativas e identitarias, principalmente.

El concepto de multiculturalidad expresa la condición intrínseca y diversa de la humanidad. Es la historia de los pequeños pueblos que le dan vida a la conformación progresiva de comunidades en urbes de gran envergadura y que intentan mantener sus identidades diferenciadas a lo largo de los años evitando perdurar en el tiempo y no ser absorbidas por terceros dominantes.

A los efectos de la concepción, la definición y la construcción de derechos que reconocen singulares procesos históricos, vivencias y hechos, la multiculturalidad y la interculturalidad son conceptos correlacionados que no pueden divorciarse el uno del otro y corresponde al derecho internacional público ordenar su correspondencia y entendimiento conforme al Convenio núm.169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1969).

Respecto a la principalísima cuestión de la rectoría del Convenio es meridianamente claro que corresponde al Estado. Cabe citar el cuarto considerando de su preámbulo que señala “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (OIT, 1989).

La multiculturalidad y la interculturalidad concurren en el fundamento filosófico y político del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El universo multicultural¹ y la creciente asimetría global plantean enormes desafíos de coexistencia pacífica entre todos los componentes de una o varias sociedades determinadas. Si bien el Convenio subraya la igualdad entre culturas, aún se presentan diversas apreciaciones relativas a rangos y jerarquías.

La diferencia entre “alta cultura y baja cultura”, entre lo civilizado y lo primitivo, y entre lo artesanal y el producto artístico elaborado o industrial muestra la constante clasificación y estigmatización de lo diferente, por lo que deviene en necesario, justo y beneficioso que se demande y practique el debido respeto de la diversidad. Con mayor razón si se arrastran singulares experiencias de menosprecio hacia las formas de vida y costumbres de los pueblos indígenas. Por

¹ Término utilizado como adjetivo para referirnos a la existencia de varias culturas distintas que conviven.

ello, resulta vital optar por el universo mandatorio del derecho internacional público que intenta evitar o evita, según sea el caso, cualquier menoscabo y voluntades homogeneizadoras.

La interculturalidad es un concepto cuya arqueología conceptual encontramos en occidente finalizando el siglo XV. Polisémica por naturaleza, la interculturalidad atrae variadas interpretaciones según los contextos y procesos históricos respectivos.

En América Latina, la interculturalidad ha sido relacionada con la lucha jurídica y política por la reivindicación de los derechos específicos y amparados internacionalmente de pueblos indígenas marginados. Viene al caso citar:

[...] la alternativa a la idea de lucha en el proceso del reconocimiento mutuo hay que buscarla en experiencias pacificadas de reconocimiento mutuo, que descansan en mediaciones simbólicas sustraídas tanto al orden jurídico como al de los intercambios comerciales; el carácter excepcional de estas experiencias, lejos de descalificarlas, subraya su gravedad, y por eso mismo garantiza su fuerza de irradiación y de irrigación en el centro mismo de las transacciones marcadas con el sello de la lucha (Ricoeur, 2006, p. 277).

Resulta así que la correcta utilización jurídica y política por el reconocimiento intercultural es perfectamente concordante con el Convenio y la consulta previa. La interculturalidad es la forma natural y válida para subrayar y defender los derechos colectivos. Los Estados que ratifican el tratado adquieren obligaciones extensibles a sus gobiernos, a todos sus estamentos públicos y al conjunto societario interviniente o involucrado. *In extremis*, unos se obligan respecto de otros y también respecto de la comunidad internacional compuesta por todos los mandantes tripartitos de la OIT.

Como las configuraciones identitarias conforman culturas y estas son sistemas simbólicos productores de sentido, las relaciones de poder se manifiestan de manera diversa según la cultura específica. Por consiguiente, las relaciones interculturales deben analizarse como relaciones de poder producidas y a través de discursos encontrados. Considerando la heteronomía entre las culturas, debe tenerse en cuenta que muchos de estos discursos aparecen como fragmentos discursivos cuyo horizonte de sentido debe ser reconstruido analíticamente (Vior, 2013).

En la misma línea encontramos a la consulta previa como el principal mecanismo del Convenio y cuyo carácter constructivo es innegable. Asimismo, acorde con Norma Fuller, resulta necesario distinguir y vincular a la interculturalidad, en tanto hecho, a la ley. Fuller (2002, p. 10) manifiesta que la interculturalidad es una “propuesta ético-política que busca perfeccionar el concepto de ciudadanía con el fin de añadir a los derechos ya consagrados de libertad e igualdad ante la ley, el del reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos, culturas y grupos étnicos que conviven dentro las fronteras de las naciones-Estado”.

La libertad es intrínseca e inalienable como la blancura respecto del objeto blanco. De la misma forma la voluntad y el reconocimiento del “otro” comprende obligatoriamente que cada parte sea sujeto y actor jurídico, político y social a plenitud. En la interacción causal y no causada la interculturalidad entrelaza la diferencia y la unidad en la diversidad dentro del Estado sin exclusiones conforme al Convenio.

Así, la interculturalidad se nos presenta como valor, existencia y condición de reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas ya amparados internacionalmente desde el siglo pasado. El

reconocimiento aludido refuerza la importancia cuando se planifican y se ejecutan las leyes, los reglamentos, las políticas públicas, los proyectos y las obras o actividades.

2. El enfoque de derechos

Desde el punto de vista histórico los derechos colectivos son de reciente data y no hay consenso doctrinario en su relación con los derechos individuales. La naturaleza y envergadura de la vida política y social y las construcciones intelectuales que ellas inspiran o que de ellas se inspiran van generando lentamente corrientes en favor del nacimiento y consolidación de un nuevo concepto jurídico, de un nuevo derecho y la asimilación política, jurídica y social respecto a lo nuevo en el marco del conjunto de los otros derechos. Es lo que sucede y lo que destaca la importancia del Convenio como instrumento jurídico internacional que reconoce, ampara e internacionaliza los derechos colectivos.

Las realidades y las ideas políticas se retroalimentan y autores especializados privilegian el enfoque de derechos en las relaciones jurídicas, políticas y sociales. Según Emmanuel Kant (1777), la razón es la conductora del destino del hombre y patrimonio de la humanidad resultando que todos los individuos y así el conjunto de ellos deben acordar constituir el pacto voluntario, el Estado contractual que debe servir a la sociedad. En tanto y cuanto cada persona es libre y anterior a la creación del Estado, sus derechos son inalienables y deben ser garantizados y protegidos por él, de él y de terceros. Kant resalta así la correcta relación entre el creador político y la institución en él motivada, el Estado moderno.

Kant también subraya que la libertad se ejerce en el marco de las leyes y que la autoridad debe imponerse acorde al derecho y a la verdad: *veritas, non auctoritas facit legem*. Entrelazando derecho y política, funda las bases teóricas para el desarrollo y consolidación del Estado de derecho y de la democracia basada en el voto individual libremente expresado.

Para el catedrático Víctor Abramovich (2006), el enfoque de derechos implica la relación entre las políticas de desarrollo, la reducción de la pobreza y el derecho internacional de los derechos humanos, a razón de lo cual otorgarles poder y reconocimiento a los sectores excluidos significa reconocer la titularidad de derechos, los que, por definición, generan obligaciones al Estado.

El enfoque de derechos y la distinción de los derechos humanos por generaciones privilegia el contexto y las razones históricas que les dieron luz, creciente aceptación y vigencia. Mencionaré las que podrían ser las tres primeras.

La primera generación nació de la libertad y se circunscribe a los derechos civiles y políticos, tales como el derecho de culto, de opinión, de expresión, de libre movimiento o tránsito, de elegir y ser elegido, al debido proceso y otras garantías de tutela personal principalmente. El Estado ejerce y circunscribe su principal función en proteger a la persona del exceso de otra persona, de otras y del mismo Estado.

Esta primera generación de derechos humanos se plasmó principalmente en la Carta de Derechos de los Estados Unidos (1791) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), ambas concebidas y adoptadas en los procesos históricos de independencia de mayor

impacto allende sus fronteras finalizando el siglo XVIII. Es el siglo XX el que universalizó los preceptos e institutos más importantes de ambas fundamentales proclamas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969 sellaron todo aquello que, como conjunto, ya no generaba cuestionamiento alguno seriamente fundamentado.

La segunda generación de derechos humanos se consustancia con la equidad, entendiéndola por la “justicia natural como moderación en las condiciones de los contratos”, según la cuarta acepción de la Real Academia Española.

Con dicho propósito tales derechos merecieron un impulso primigenio, visionario y vigoroso en la encíclica papal *Rerum Novarum* del papa León XIII en 1891. Avanzada la década de 1940 comprendió los derechos económicos, sociales y culturales extendidos a las condiciones de vida, igualdad de trato, agua, alimentación, vivienda, educación, salud, trabajo y protecciones y seguridades sociales para perfeccionar el contrato social. Posteriormente sobrevino su consolidación en la doctrina social de la Iglesia con la encíclica papal *Populorum Progressio* de Paulo VI en 1969.

En el ámbito de las Naciones Unidas, en 1966, se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y poco después en 1969 la OIT recibe el Nobel de la Paz por cumplir cincuenta años de fructífera labor en amplios acápites del universo social.

La tercera generación de derechos se inspira en la solidaridad, resultante lógica de los conflictos bélicos precedentes y que concibe y construye progresivamente el Estado de bienestar consagrando los derechos al medio ambiente, al desarrollo (concepto diferente al crecimiento y al de economía de bienestar), a la sostenibilidad social y alimentaria, los derechos del consumidor, de reunificación familiar y al trabajo digno, principalmente.

3. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas

Respecto a los derechos humanos de los pueblos indígenas, las conferencias de Berlín (1885), Bruselas (1890) y de Saint-Germain (1919) abordan dicha problemática desde la perspectiva de la conservación, la mejora de su moral, las condiciones materiales en que viven y la supresión de la esclavitud que imperaba en países centrales con una larga historia de colonialismo extraterritorial y extracontinental.

La primera organización intergubernamental en mostrar honda preocupación por las “poblaciones nativas” considerándolas grupos vulnerables a proteger, fue la Liga de las Naciones, nacida del tratado Versalles suscrito en junio de 1919. En la misma oportunidad se funda la Organización Internacional del Trabajo, organismo internacional tripartito competente y facultada para legislar internacionalmente en los asuntos sociales y laborales en aras de mantener la paz universal y permanente. Al respecto, dados los prejuicios, la discriminación y vulnerabilidad de los pueblos indígenas, la OIT adopta el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50).

Posteriormente, la Carta de las Naciones Unidas en 1945 serviría de base para el reconocimiento de los pueblos indígenas a través de lo estipulado en su artículo 1, incisos 2 y 3, en los que se refiere al principio de libre determinación, el cual sirvió de sustento adicional para la reivindicación de los pueblos indígenas. Pese a que la Carta no desarrolla expresamente nada sobre las poblaciones indígenas, esta resulta relevante para organizaciones comprendidas en el marco de las Naciones Unidas, como la Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC). Esta última, en 1950, aprobó la resolución 313 en la cual resaltaba la importancia de elevar la calidad de vida de estas poblaciones.

Por otro lado, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, parte de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, existen disposiciones directamente vinculantes a los pueblos indígenas, tales como la prohibición a la esclavitud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la libre elección de su trabajo, entre otras importantes precisiones.

Cabe señalar también que dicha declaración, basándose en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1948, proscribía el genocidio y cualquier acto de violencia contra estas poblaciones.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1966 es un instrumento más preciso en ciertos tópicos respecto al universo de los pueblos indígenas. Dispone en el artículo 8 que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, ni obligado a ejercer trabajo forzoso u obligatorio hechos que marcaron y que siguen marcando la vida de ciertos pueblos indígenas en diferentes partes del mundo.

Especial importancia y concordancia con el Convenio tienen el artículo 18 y 19 del mencionado Pacto cuando garantiza a toda persona a mantener su propia religión, sus creencias, sus manifestaciones culturales y la libre expresión.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas en 1966 y en vigor desde 1976, también contiene disposiciones que lo vinculan estrechamente al Convenio. Exige a los Estados a tomar medidas dirigidas a adoptar y desarrollar programas orientados al desarrollo económico, social y cultural en la medida en que los derechos allí proclamados incluyen muchos de los prescritos posteriormente por el Convenio.

En adición, si bien la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación a la Mujer de 1979 no menciona expresamente ninguna precisión sobre los pueblos indígenas, resulta importante tomarla en cuenta. Esta convención contiene varias disposiciones con el fin de lograr la igualdad de género en el área rural, por ejemplo, en el acceso a la formación, al empleo, entre otros. Esta prescripción se relaciona con los pueblos indígenas en tanto que busca que sus organizaciones ancestrales tengan la suficiente representatividad femenina, principalmente.

Posteriormente, en 1992, las Naciones Unidas aprueban la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Respecto de la población, según el principio 3, se deben responder equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Asimismo, los Estados deben fomentar la participación de la población, principio 10 en concordancia con el Convenio. Estas medidas, si bien no lo manifiestan expresamente, igualmente están relacionadas con la vida de los pueblos indígenas.

Asimismo, durante el mismo año de 1992, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre del mismo año. Dicha Declaración afirma en su preámbulo que el respeto de los derechos de las minorías promueve su desarrollo e impacta positivamente en el progreso de la sociedad en su conjunto.

En 1993, entró en vigor el Convenio sobre la Diversidad Biológica en el marco de la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992. Este instrumento internacional ratifica en su preámbulo la importancia que tienen para muchas comunidades locales y pueblos indígenas sus sistemas de vida tradicionales, sus recursos biológicos, además de reconocer a sus culturas diferenciadas como importantes fuentes de conocimiento sobre las prácticas, innovación y conservación de la diversidad biológica y su utilización sostenible.

Los avances no se circunscriben a lo sucintamente hasta aquí reseñado. Para el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, la diversidad biológica y el cuidado del medio ambiente, por su especial relación con el territorio, han adquirido reciente y significativa relevancia a la hora de beneficiar de programas internacionales de financiamiento a muchos países a punto de haber establecido políticas y programas que condicionan la salvaguarda de tópicos del Convenio como condición a ofrecer y concretar su concurso.

4. El derecho internacional público y los pueblos indígenas y tribales

El derecho internacional público es el ordenamiento jurídico que regula el comportamiento, las competencias y las mutuas relaciones entre los Estados y otros sujetos internacionales. Esta especialidad y especificidad jurídica se nutre de una comunidad de valores, de fuentes y de principios internacionales específicos, reconocidos y competentes, que procuran el mantenimiento de la paz y la cooperación internacionales. Brevemente, es el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional.

Especialmente, el derecho internacional refiere al *ius cogens*,² al derecho consuetudinario y a algunas normas internacionales de carácter general como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así encontramos que las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT forman parte del derecho internacional público en tanto que son tratados multilaterales vinculantes.

Igualmente existe un ámbito de competencias compartidas y diferenciadas entre la comunidad internacional y los Estados individualmente considerados mediante un proceso por el cual algunas categorías jurídicas, como los derechos humanos, son sometidas a una regulación y control internacionales que los Estados deben aplicar internamente con cada vez menor y restringido

² El *ius cogens* es una norma imperativa del derecho internacional general. La transformación de una concepción de “soberanía” rígida, arcaica y sujeta al monopolio exclusivo de los Estados-nación y de los derechos nacionales a una concepción más abierta es un hecho propio y ligado a la evolución moderna de las relaciones internacionales.

margen de interpretación; incluso cuando el derecho internacional público, propiamente dicho ha sido concebido, abordado y practicado con mucha anterioridad.³

La citada Convención de Viena y la complementaria Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones o entre Organizaciones Internacionales suscrita el 21 de marzo de 1986 y en vigor, deben ser interpretadas como un conjunto integrado. Ambos trascendentes institutos trazan los principios generales del derecho internacional público. Estas convenciones tienen textos comunes. Entre otros, proclaman los siguientes principios sobre la observancia e interpretación de los tratados, a saber:

Artículo 26: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 31: Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente. (ONU, 1969)

Las obligaciones de los Estados provienen de su carácter general y de su antigüedad, por consiguiente y a nuestros fines del nivel de desarrollo interno respectivo y de la expresa garantía del *ius cogens*, una norma imperativa y sobre la cual cabe la siguiente cita expresa:

Artículo 53 (común) de las Convenciones de Viena: [...] Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (ONU, 1969)

La ausencia de ratificación de un instrumento que haga de derecho positivo interno un derecho imperativo no excusa al Estado ni al juez de garantizarlo y protegerlo. Así, este principio resulta mandatorio cuando se señala en el artículo 14 en la Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados de las Naciones Unidas que con meridiana claridad prescribe que:

Todo Estado tiene el deber, en sus relaciones con otros Estados, de conformar su conducta al derecho internacional y al principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la primacía del derecho internacional”. Al respecto, se añade en el artículo 27 de las Convención de Viena que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (ONU, 1969).

Los tratados como fuentes de derechos contienen obligaciones directamente aplicables por los jueces. En adición, los derechos fundamentales reconocidos en los convenios de la OIT son derechos humanos correspondiendo a la legislación interna asumirlos, adaptarlos, protegerlos y acaso mejorarlos para aumentar la calidad de vida de las sociedades.

³ Siguiendo lo expuesto por Elizabeth Salmón (2017), tiene origen medioeval relacionado con el *ius gentium* romano. Este se ha desarrollado en tres etapas: en sociedades preestatales, en la sociedad con Estados (siglo XVI-1789) y en la sociedad internacional de solidaridad internacional.

El margen de discrecionalidad que corresponde a los Estados en la aplicación concreta de dichos tratados no debe ni puede desnaturalizar el objeto amparado y protegido por ellos. Crecientemente se fortalecen incluyendo una o varias cláusulas de protección que prohíben a los Estados evitar o desnaturalizar los principios generales explícitos o implícitos de la normatividad internacional de los derechos humanos.

Al respecto, la doctrina sobre la “cláusula derogatoria” es la posibilidad de los Estados de establecer en los tratados limitaciones, restricciones y suspensiones temporales de derechos en ciertas circunstancias que, por obvias razones, deben ser explicitadas.

El derecho internacional de los derechos humanos, disciplina de la ciencia jurídica del siglo XX, es el conjunto de normas de la mayor jerarquía que genera derechos y obligaciones internacionales con expresos y mandatorios efectos nacionales. Dicho *corpus* normativo de los derechos humanos incluye pactos, tratados, convenios o protocolos, entre otros.

El Convenio 169 de la OIT, a pesar de su escasa ratificación (24), es considerado por el autor parte sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos.

5. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales

Así como en la teoría jurídica observamos que generalmente hay consenso doctrinario respecto a la naturaleza, definición, garantía y alcance de un derecho; respecto a los derechos colectivos todavía no sucede lo mismo, como ya se ha subrayado. Amparados en el Convenio y de reciente data, iniciaron en el siglo pasado un camino empedrado con importantes y hasta articuladas resistencias, lo que augura por luengos días, un devenir azaroso y desigual a efectos de la aceptación generalizada de los mismos y en la incorporación constitucional y legal allí donde claramente amerita que así acontezca.

Es más, no hay consenso doctrinario siquiera en su relación con los derechos individuales. Como todo proceso de tales magnitudes, es la propia vida jurídica, política y social, por un lado, y las construcciones intelectuales que ellas inspiran, por el otro, lo que va generando corrientes en favor del nacimiento y consolidación del un nuevo concepto jurídico, del nuevo derecho respecto del conjunto de los demás derechos.

Así subrayado, cuán vital resulta delimitar un marco conceptual filosófico, doctrinario, jurídico y político sobre los derechos colectivos por cuanto, sin temor a equivocación alguna, es una condición de *recta ratio* para su creciente aceptación y vigencia.

A falta de una comprensiva explicación de la naturaleza ontológicamente distinta amparada por el derecho internacional público resulta indispensable ofrecer una visión interdisciplinaria de su realidad como un todo indisoluble.

Tras constatar que más de 370 millones de personas pertenecen a pueblos indígenas, que habitan en no menos de setenta países y que se expresan en no menos de 3500 lenguas o dialectos, confirmada la casi estancada ratificación del Convenio y habiendo subrayado la necesidad ineludible de dar mayores pasos en el reconocimiento efectivo de los pueblos indígenas, de la multiculturalidad, de la interculturalidad, de una correcta gestión de la consulta previa como

mecanismo pacífico de resolución de conflictos cuando los hubiere y la necesidad de conjuntar esfuerzos con los Estados, con los Gobiernos y los principales estamentos de la sociedad, llego a la conclusión que es imperioso proponer una visión sistémica de los pueblos indígenas que permita entender los fundamentos de los derechos colectivos que les asisten, diferenciados de aquellos de las culturas predominantes en los países donde se encuentran.

Los pueblos indígenas reflejan la más amplia variedad de culturas ancestrales, tienen una arraigada, diferenciada e indivisible identidad colectiva que se sustenta en saberse herederos y poseedores de culturas y lenguas ancestrales singularmente vinculadas a un hábitat determinado. Desde sus cosmovisiones distintivas otorgan especial sentido a la autoidentificación de sí mismos y respecto de su comunidad de la que sienten y entienden que comparten y viven saberes, creencias que comportan divinidades, cultos, mitos, rituales, formas de organización social y de producción, de la más amplia variedad de identidades ontológicas diferenciadas y que en su conjunto dan vida a su identidad colectiva.

La vida comunitaria y, dentro de ella, las funciones se reconocen en virtud de la edad, el sexo y las necesidades sociales e individuales y en ese orden se encuentran en la cúspide los miembros mayores en la medida en que, además de reconocerles los dones de sabiduría, conocimiento y consejería, ejercen la esencial función de ser los privilegiados transmisores orales del núcleo identitario y cultural ancestral por generaciones.

A lo largo de su existencia, los pueblos indígenas han desarrollado un sentido especial y diferenciado de identidad, de pertenencia, de propiedad y de conservación de sus tierras ancestrales, conociendo sus ciclos y preservando su hábitat en tanto fuente única de su sustento y acaso por ello, de atributos divinos y curativos a ciertos elementos que los componen de rendición, de culto, de pagos de cuentas, según su propia axiología y conocimientos.

La relación con las divinidades y la conducción de los mayores rige en todo el cuerpo social a punto que, teniendo sus propios conceptos respecto del tiempo y a su vital espacio, sobre la vida y la muerte de sus miembros, respecto de la propia naturaleza; la felicidad del pueblo indígena es el producto de ese equilibrio armonioso que todo lo integra en su identidad colectiva primero, en su supervivencia y en su convivencia social comunitaria finalmente, antes que cualquier otra consideración.

A efectos de una reflexión deductiva-analítica, habría que preguntarse ¿puede la identidad que sustenta el valor de la libertad ser solo limitado al número de uno, que es la persona?, no.

Si convenimos en que los valores de la identidad y de la dignidad humanas son connaturales a la libertad de la persona y que, resultando así, su no reconocimiento o desvaloración mella su íntima naturaleza, ¿por qué no podemos pensar deductiva y analíticamente lo mismo de la identidad y dignidad de un pueblo indígena que, además, le resulta vital que le sean reconocidas tales identidades para el ejercicio de su libertad y la procura de su supervivencia en tanto que su carácter colectivo lo percibe como un todo no dissociable? ¿Es acaso el número el que permite calificar y reconocer la identidad y la dignidad del sujeto de un derecho? Claro que no, por cuanto cada persona, en un caso, y en cada etnia o pueblo, en el suyo, se perciben de forma singular y colectiva respectivamente.

Así como Occidente reclama para sí los valores y derechos civiles y políticos individualmente, tanto cierto es que a la hora de su vulneración y defensa se invoca a la sociedad como sujeto

agredido y por ende, titular de la acción penal que corresponda, perfectamente se puede coludir y concluir que es plausible, necesario, doctrinariamente perfecto y deductivamente coherente la defensa jurídica y política de los derechos colectivos ontológicamente distintos como un todo indivisible. Así encontramos al propio y aludido Convenio que reconoce la existencia de los derechos colectivos que universaliza su tutela. Al respecto, todavía se exponen o alegan muchas interrogantes sobre los derechos colectivos pretendiendo extrapolarlos y situarlos en categorías antagónicas y excluyentes aduciendo que el ejercicio de derechos colectivos termina sobreponiéndose a los derechos individuales, ergo, en detrimento de la libertad y dignidad humanas en indirecta alusión al totalitarismo que con justicia ha horrorizado a las sociedades y a los hombres libres.

Cabe precisar que una cosa es reconocer y proteger el derecho colectivo de un pueblo indígena dentro de un Estado que reconoce su multiculturalidad y otra muy distinta y extrapolada es concebir un “supuesto” derecho colectivo del Estado totalitario hegeliano concebido como el todo jurídico superior en el que nada puede existir fuera y menos aún con preexistencia a él, como la persona y su consustancial libertad. Dicha pretensión resulta una falacia filosófica, jurídica, política, social e intelectual, contraria a la *recta ratio* y al principio de primacía de la realidad.

Lo que hace el Convenio y la doctrina jurídica que se expande en favor de la existencia y singularidad de los derechos colectivos es reconocerles a los pueblos indígenas una identidad ontológica y axiológica diferenciada. Ello no es una mera abstracción toda vez que el sentido expreso que originó su adopción distingue a un pueblo indígena como titular de los derechos en sí, ampliando el marco de los derechos humanos en el derecho internacional público.

El reconocimiento de la organización de estos pueblos es fundamental para su libre desenvolvimiento, pues se les considera un colectivo cultural con capacidad organizativa semejante a la del Estado occidental. Asimismo, se reconoce su papel de sujeto en la dinámica política al poder emitir “discursos competentes” (Vior, 2013).

Asimismo, exigen conductas positivas por parte del Estado como la reglamentación de las leyes destinadas a definir el alcance y las restricciones de los derechos, la actividad administrativa y de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, y la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. De igual manera requiere de obligaciones negativas según las cuales el Estado no debe perjudicar la aplicación y el ejercicio de estos derechos (Abramovich y Courtis, 2003).

Lo anteriormente citado se observa por parte del Estado en procesos jurídicos de la mayor trascendencia como la nacionalización del Convenio en una constitución o en una ley de superior jerarquía y la reglamentación del proceso antedicho con el objeto de definir en un país determinado el alcance y las restricciones de los derechos prescritos en el tratado internacional en concordancia con su historia de expoliación, ignominia, estigmatización, marginación, deliberados exterminios y diásporas a lo largo de los siglos.

En sintonía con el abordaje de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, según se desprende del Convenio, se pueden ejercer ocho categorías de derechos colectivos.⁴ Así compendiados y

⁴ Derecho a la autodeterminación o autonomía (artículo 7), derecho a la identidad cultural (artículo 5), derecho a conservar sus costumbres e instituciones (artículos 4, 8 y 23), derecho a la jurisprudencia especial (artículo 9), derecho

entendidos, los derechos colectivos nos habilitan como sociedad predominante a cruzar la frontera de la defensa de la persona como ser individual a los pueblos indígenas como colectivo ancestral, étnico, identificado, diferenciado y vulnerable.

Sin entrar en otras preocupaciones, el Convenio mismo sella la puerta a que “lo colectivo” no sea excusa y pretensión cierta para socavar, menoscabar y dejar garantizar el ejercicio de todos y cada uno de los derechos individuales que le son inherentes a todos los miembros de una población indígena tan solo por su condición humana, como ya se ha señalado. Últimamente, el grado de reconocimiento de los derechos colectivos ha alcanzado una notable intensidad, con inicial tendencia a ser considerado derechos de tercera generación.

Respecto a los derechos colectivos, Jáuregui subraya (1998):

Mucho más polémica resulta la posibilidad del reconocimiento de una titularidad colectiva de los derechos humanos. Es esta una cuestión sobre la que han corrido ríos de tinta y de sangre desde los inicios de los procesos de colonización o conquistas. Así, lo actuado tras los acuerdos y acciones internacionales tras 1919 le otorgaron una especial atención, particularmente a la hora de regular el ámbito de protección de las minorías étnicas. Por primera vez las nacientes iniciativas internacionales no pretendían una protección de orden unilateral convencional sino una protección internacional, convirtiendo así esa protección en una cuestión de orden público internacional al confiarla a un órgano internacional específico dentro del ámbito de la Sociedad de Naciones.

El reconocimiento de la protección de las minorías implicó una revolución en el derecho de gentes ya que suponía poner en cuestión la propia personalidad del Estado. En virtud de esa protección, una parte de la población del Estado aparecía configurada con una personalidad jurídica diferente en el orden internacional, no solamente con respecto a terceros, sino también con respecto e, incluso, contra el propio Estado. Sin embargo, las minorías como tales carecían de personalidad jurídica y por tanto de legitimación para ejercer sus reclamaciones. Por ello, la legitimación fue otorgada no a las minorías como tales, sino a individuos o grupos de personas que podían ejercer ese derecho como una función especial al servicio de la comunidad o grupo minoritario. La ausencia del reconocimiento de un derecho colectivo de las minorías constituyó precisamente una de las principales causas del fracaso del sistema de protección diseñado por la Sociedad de Naciones en el período de entreguerras.

Sabedores de las dificultades de hacer efectivos derechos colectivos por parte de ciertos pueblos indígenas, corresponde ahora regresar al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que otorgó carácter oficial al reconocimiento y garantía de ciertos derechos colectivos encontrando singularización y sustentación explícita en el artículo 27 del citado tratado internacional cuando a la letra subraya:

[...] en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con

sobre sus tierras, territorios y recursos naturales (artículos 14 y 15), derecho a la salud y educación intercultural (artículos 25, 26 y 27), derecho a la participación (artículo 6) y derecho a la consulta (artículo 6).

los demos miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma (ONU, 1966a).

Jáuregui (1998) avanza y consolida con maestría la línea argumental ofreciéndonos incluso mayores y sustantivas reflexiones:

Por ello, el debate sobre si existen o no derechos colectivos resulta, en mi opinión, bastante estéril. Quizás una forma de evitar la polémica consistiría en hablar no de derechos colectivos, sino de derechos individuales colectivizados cuya existencia y protección solo tienen sentido en el marco de un determinado grupo o colectivo” y finaliza la cuestión acotando “no resulta tan estéril ni baladí, in embargo, la cuestión de cómo hacer compatibles los derechos colectivos con los derechos individuales y, particularmente, la cuestión de cómo garantizar la libertad de los individuos dentro del grupo. Ya he señalado antes que el último destinatario de los derechos humanos no son los grupos, sino las personas, los individuos concretos miembros de esos grupos. Es esta una cuestión que, al igual que cualquier otro caso en el que se producen conflictos entre diversos derechos, debe resolverse en el marco de las reglas de juego democráticas y, particularmente, en el juego de la regla de las mayorías y minorías.

También debe considerarse que las relaciones colectivas han sido históricamente negadas por las culturas dominantes en aquellos Estados cuyas fronteras se han movido siempre por las guerras o la expansión de alguna explotación de recursos dejando muchas veces a un pueblo indígena en la condición anómala de existir independientemente de dichos límites estatales.

Así, podemos afirmar, en *res cogitans*, que la recta razón es más fuerte que la misma fuerza y que no hay razón alguna para no distinguir la naturaleza colectiva de uno o varios derechos inherentes e indubitadamente diferenciados y distintivos un pueblo indígena determinado.

En adición, la filiación etnocéntrica, los credos ancestrales, la relación vitalmente dependiente de su hábitat, el especial vínculo con las prácticas de relaciones societarias jerárquicas y de parentescos que singularizan el mundo, cosmovisión, justicia, salud, nutrición, educación tradicionales y la supervivencia como un todo societario colectivamente por sí mismo considerado y conforme al Convenio de los pueblos indígenas, entre otros considerandos, ha permitido que un tratado internacional multilateral vinculante los ampare y a su vez sea amparado por específicamente por el derecho internacional público a los efectos de sus derechos colectivos y más.

Conclusiones:

Resulta imposible no reconocer que un pueblo indígena y tribal tiene una larga existencia ancestral y generalmente precolonial que privilegia su vital relación con su hábitat, con sus creencias, usos y costumbres, con sus cosmovisiones que todo lo abarca y privilegia desde inmemorables días.

La identidad histórica diferenciada de los pueblos indígenas ofrece una axiología intercultural diversa y distinta. La mutación histórica de países en diversos territorios no impidió la condición ancestral y precolonial de muchos de dichos pueblos que privilegió y privilegia su diferenciada

identidad allí donde se encuentran, incluso habiendo sido muchas veces “reubicados” acorde a los intereses y avatares de las mencionadas mutaciones territoriales.

Ha cabido al derecho internacional público expandir progresivamente su amparo mediante la adopción de diferentes instrumentos internacionales vinculantes y mandatorios como el Convenio para que la comunidad internacional reconozca (no otorgue) los derechos colectivos que le asisten a los pueblos indígenas y sin cuyo gran avance la suerte de dichos pueblos hubiera seguido en condiciones minusválidas y carentes de reconocimiento jurídico internacional.

Es menester persistir en el esfuerzo conceptual y político en el amparo de sus derechos y del derecho internacional público para consolidar los derechos colectivos y evitar que en algún rincón de la tierra se produzca la lenta absorción y desaparición de los pueblos indígenas.

Por ello, existiendo un mandato global y nacional de procurar la plena y progresiva aplicación del Convenio ratificado por el Perú en 1994, entendiendo que el aprendizaje, la asimilación y la aplicación de los derechos colectivos que reconoce y ampara universalmente dicho tratado debe ser una tarea constante y vigilante, pretendo con este aporte contribuir a tales propósitos en la Sociedad Peruana de derecho Internacional.

Finalmente concluyo citando una reflexión de mi autoría consignada en mi tesis doctoral y en otro texto igualmente ofrecido: Reflexiones y propuestas preliminares de una visión de país. El Perú como destino:

El día en que los pueblos indígenas y tribales, allí donde se encuentran, sean plenamente reconocidos y amparados en sus cosmovisiones, creencias, usos y costumbres, cuando las tierras que habitan y las aguas que cursan sus territorios ancestrales se aprecien de tal forma que su afectación sea la de todos, la civilización humana podrá con justicia así llamarse.

Referencias

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL* (88). Pp. 35 – 50. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2003). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. S/d. Recuperado de [http://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanoscomision1/1469176853.ABRAMOVICH_y_COURTIS_-_Apuntes_sobre_la_exigibilidad_judicial_de_los_derechos-sociales\[1\].pdf](http://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanoscomision1/1469176853.ABRAMOVICH_y_COURTIS_-_Apuntes_sobre_la_exigibilidad_judicial_de_los_derechos-sociales[1].pdf).
- Banco Interamericano de Desarrollo (2006). *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*. Washington D. C.: BID. Véase: <https://docplayer.es/72483499-Politica-operativa-sobre-pueblos-indigenas.html>.
- Banco Mundial (2015). *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*. Washington D. C.: Banco Mundial. Recuperado de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/109-86/23751/Latinoam0rica00XXI000primera0d0cada.pdf>.

- Banco Mundial (2017). *Marco ambiental y social*. Washington D. C.: Banco Mundial. Véase: <http://pubdocs.worldbank.org/en/345101522946582343/Environmental-Social-Framework-Spanish.pdf#page=17&zoom=80>.
- Centro Internacional de Formación de la OIT (2008). *Normas internacionales del trabajo*. Turín: CIF.
- Centro Internacional de Formación de la OIT (2009). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. Turín, Italia: CIF.
- Fuller, N. (Ed.). (2002). *Interculturalidad y política: desafíos y posibilidades*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Iribarren, J. y Gutiérrez, J. (Eds.) (1979). *Ocho grandes mensajes*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Jáuregui, G. (1998). ¿Derechos individuales o derechos colectivos? *El País* (12 de agosto). Recuperado de https://elpais.com/diario/1998/08/12/opinion/902872802_8502-15.html.
- Kant, I. (1977). *Crítica de la razón pura*. Porrúa.
- León XIII (1979[1891]). *Rerum Novarum*. En: Iribarren, J. y Gutiérrez, J. (Eds.). *Ocho grandes mensajes*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Liga de las Naciones (1919). *Pacto de la Liga de la Sociedad de las Naciones*. Ginebra. Recuperado de <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documen-tos/textos/sociedad.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (1946). *Carta de las Naciones Unidas*. Nueva York: ONU. Recuperado de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: ONU. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: ONU. Recuperado de <https://indotel.gob.do/media/6206/decla-racio-de-los-derechos-civiles-y-polticos.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: ONU. Recuperado de <https://www.oas.org/dil-esp/Pacto%20Internacional%20de%20Derechos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociales%20y%20Culturales%20Republica%20Dominicana.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Nueva York: ONU. Recuperado de <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (1976). *Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación a la Mujer*. Nueva York: ONU. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/convencion_sobre_todas_las_formas_de_discriminacion_contra_la_mu-jer.pdf.

- Organización de las Naciones Unidas (1986). *Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones o entre Organizaciones Internacionales*. Viena: ONU. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1992a). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Río de Janeiro: ONU. Recuperado de http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_S.PDF.
- Organización de las Naciones Unidas (1992b). *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. ONU: Nueva York. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_Spanish.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (1992c). *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Nagoya: ONU. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/le-gal/cbd-es.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: ONU. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo (1974). *Constitución de la OIT*. Ginebra: OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:6-2:P62LIS-TENTRIE_ID:2453907:NO.
- Organización Internacional del Trabajo (1989). *Convenios sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra: OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314.
- Paulo VI (1979). *Populorum Progressio*. 1967. En: Iribarren, J. & Gutiérrez, J. (Eds.). *Ocho grandes mensajes*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Ricoeur, P. (2006). *Caminos del reconocimiento*. Tres estudios. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Salmón, E. (2017). *Nociones básicas de derecho internacional público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vior, E. (2013). Lo político y la interculturalidad. *Debates Latinoamericanos*, 1(21), 73-98. Buenos Aires.