

La interpretación del convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de los pueblos originarios

Leandro Federico González¹

Resumen:

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, adoptó, en 1989, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en naciones independientes, el cual reconoce el derecho de los pueblos originarios a regirse por sus propios sistemas jurídicos e instituciones penales. Sin embargo, al condicionar su aplicación a las normas internacionales sobre derechos humanos, hace imposible su aplicación, particularmente por la interpretación exegética de los sistemas jurídicos estatales. De manera que, la justa aplicación solo es posible si la interpretación, tanto de los sistemas penales propios como de las normas internacionales, parte de la propia mirada de los grupos originarios.

Palabras Claves:

Derechos humanos, sistemas jurídicos, instituciones penales, grupos originarios, normas internacionales, sistemas estatales.

Abstract:

The General Conference of the International Labor Organization - OIT, adopted in 1989, Convention 169 on Indigenous and Tribal Peoples in independent countries, which recognizes the right of indigenous peoples to be governed by their own legal system and penal institutions. However, by conditioning its application to international human rights standards makes its implementation, particularly in the exegetical interpretation of state legal systems impossible. So, the perfect application is only possible interpretation of both own criminal systems and international standards, part of the very eyes of the original groups.

Keywords:

Human rights, legal systems, penal institutions, indigenous groups, international, state systems.

I. Introducción.- II. Exigencias previstas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en materia penal.- III. Las fórmulas contenidas en los instrumentos internacionales que aceptan la aplicación de los sistemas jurídicos penales de los pueblos originarios terminan negando esa posibilidad.- IV. La definición acerca de qué es violatorio de los Derechos Humanos debe construirse desde la perspectiva de los miembros de los pueblos originarios.- V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

¹ Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, doctorando en Ciencias Sociales, funcionario judicial.

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los Pueblos Originarios a regirse por sus propios sistemas jurídicos e instituciones penales, siempre que resulten compatibles con el respeto y las normas internacionales en materia de Derechos Humanos.

Esa limitación, interpretada en sentido literal y bajo la óptica de los sistemas jurídicos penales estatales, tornaría imposible la aplicación y desarrollo de los sistemas jurídicos de los Pueblos Originarios dado que muchos de sus contenidos y características resultarían, en principio, incompatibles con las exigencias previstas en los instrumentos de Derechos Humanos Internacionales.

En esta ponencia intentaré, por un lado, señalar dichas incompatibilidades a través de la contrastación de las regulaciones contenidas en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos con algunas de las características verificadas en los sistemas penales de los Pueblos Originarios.

Asimismo, me propongo sostener que la interpretación acerca de si las reglas, infracciones, procedimientos, instituciones y castigos presentes en los sistemas penales de los Pueblos Originarios vulneran los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, debe partir desde la propia mirada de estos grupos y no a través de la concepción occidental en la materia.

En síntesis, postularé la plena vigencia y validez de los sistemas penales de los Pueblos Originarios y, para ello, abordaré la limitación contenida en las formulaciones de los instrumentos internacionales desde la perspectiva de los Pueblos Indígenas a fin de interpretar, desde ese lugar, si se respeta o no los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

II. EXIGENCIAS PREVISTAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA PENAL

Diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos contienen límites, regulaciones, previsiones y exigencias que se deben respetar a la hora de recurrir a la aplicación del poder punitivo formal.

Sólo a título de ejemplo, veamos los siguientes principios, derechos y garantías:

El derecho a la vida –pese a que no se trata de una regulación absoluta, dado que todavía hay Estados que practican la pena de muerte– está presente en los Artículos 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La imposibilidad de aplicar a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes aparece en los Artículos 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

La prohibición de ser detenido arbitrariamente se encuentra en los artículos 9° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial surge de los Artículos 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El principio de inocencia, que se destruye sólo mediante una condena firme impuesta en un juicio público, está presente en los Artículos 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La irretroactividad de la ley penal –ya sea en cuanto los actos u omisiones o bien en cuanto la gravedad de la pena– está presente en los Artículos 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 25° de la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre y 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho de defensa –en sentido amplio– se regula en los Artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La posibilidad efectiva de recurrir ante un Tribunal superior para que revise una sentencia condenatoria está previsto en los Artículos 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La prohibición de la responsabilidad colectiva está en el Artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho está presente en los Artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como se podrá apreciar, aunque sea en el plano formal legislativo, existe una serie reforzada de restricciones, limitaciones, principios, derechos y garantías que se deben respetar al momento en que se decide utilizar el sistema penal contra una persona.

Y tanto es así que alcanza –insisto en el plano formal– con que sólo una de aquellas previsiones, principios, derechos y garantías no se cumpla para que se verifique una violación a los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

Por otro lado, también existen instrumentos internacionales que prevén el derecho de los Pueblos Originarios a regular sus comportamientos y resolver sus conflictos mediante la aplicación de sus propios sistemas penales.

Sobrepasados por la realidad, los organismos internacionales que impulsan la protección de los Derechos Humanos, no tuvieron otra alternativa que reconocer un fenómeno social que se percibía fácilmente: que los Pueblos Originarios no habían renunciado a sus propias reglas y que, en muchos casos, aplicaban su propio Derecho en materia penal a fin de resolver sus conflictos.

En ese contexto, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó, el 27 de junio de 1989, el Convenio 169, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

En ese instrumento internacional se regula lo siguiente:

Artículo 8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”

Artículo 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Una redacción similar presenta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas -aprobada el 13 de septiembre de 2007- cuando establece, en su Artículo 34, lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos.

Resulta fácil advertir que en la misma redacción de estos instrumentos legislativos radica la problemática que gira en torno a la aplicación de los sistemas jurídicos de los Pueblos Originarios en materia penal: el condicionamiento a su compatibilidad y respeto de los derechos fundamentales de los Estados nacionales y los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

III. LAS FÓRMULAS CONTENIDAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE ACEPTAN LA APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS PENALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS TERMINAN NEGANDO ESA POSIBILIDAD

El condicionamiento que se les impone a los Pueblos Originarios respecto de la compatibilización y respeto de sus derechos penales con lo previsto en las normas fundamentales de los Estados nacionales y los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente lleva en forma inexorable a dos caminos indeseables: o se les niega la posibilidad de la aplicación de sus propias normas e instituciones, o bien se las caricaturiza convirtiéndolas en una copia reducida y opaca de los sistemas jurídicos estatales.

Se niega la vigencia y validez de los ordenamientos jurídicos originarios porque se desconoce que parte de sus prohibiciones, sanciones, prácticas, procedimientos e instituciones no encuadran en el estándar de lo previsto en materia de Derechos Humanos a nivel internacional. Se los desdibuja, vacía de contenido y se torna superflua su existencia si se exige que adopten las mismas características y elementos existentes en los derechos estatales.

En cualquiera de los dos casos, se produce el mismo efecto: el distanciamiento y la alienación del grupo social con un sistema jurídico ajeno, extraño y que imponen instituciones, burocracias y actores que se han caracterizado por el avasallamiento permanente de los derechos de los Pueblos Originarios.

Una parte de la controversia radica en el desconocimiento por parte de aquellos socializados dentro de la cultura jurídica occidental del verdadero alcance, contenido y características de los ordenamientos jurídicos concretos de los Pueblos Originarios; la otra dimensión problemática es acerca de quién interpreta, afirma e impone el sentido acerca de lo que es el respeto de los Derechos Humanos.

Sobre la primera cuestión, se debe asumir que muchos de los principios, derechos y garantías que caracterizan formalmente un sistema penal respetuoso –si se me permite la contradicción– de los Derechos Humanos pueden no hallarse, o bien detentar otros significados en el contexto de los Pueblos Originarios.

Borja Jiménez (2001) señala, por ejemplo, las siguientes dificultades:

Al ser los ordenamientos de los Pueblos Originarios construidos y transmitidos en forma oral, se puede diluir la afianzada idea de ley previa y principio de legalidad imperante en el derecho estatal.

Se han verificado casos de responsabilidad colectiva ante hechos puramente individuales.

Determinadas circunstancias que para el derecho estatal encuadrarían en causas de justificación, estado de necesidad, etc., podrían no estar contempladas.

Pueden no tener vigencia –tal como se le atribuye en el catálogo de requisitos individualizados como pilares de los Derechos Humanos– el principio de inocencia, la defensa en juicio, la garantía de recurrir una condena, etc.

Es posible que algunos de los ordenamientos jurídicos de los Pueblos Originarios contemplen infracciones que no se encuentran presentes en el Derecho oficial o bien que prevean penas prohibidas por este último -por ejemplo: la pena de muerte, azotes, mutilaciones, etc.- por ser consideradas crueles, inhumanas o degradantes. (Borja Jiménez, 2001, p.117)

Lo recién expresado es, en principio, absolutamente incompatible con los derechos fundamentales de los Estados modernos y con los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, pero sucede que la temática hay que abordarla a la luz de los casos concretos y teniendo en cuenta el contexto cultural en que se desarrolla.

Desde esta perspectiva, prácticas, procesos y penas que desde la mirada de aquellos formados en el derecho estatal son inhumanas y degradantes, en la cosmovisión del indígena pueden adquirir otros significados (Borja, p.136-154).

Esto último nos remite al segundo de los aspectos identificado como litigioso: la posibilidad de definir qué es respetuoso de los Derechos Humanos.

Y es aquí donde ingresa la reconstrucción de un largo proceso de sometimiento, explotación y exterminio llevado a cabo por quienes hoy reivindicar y se autoproclaman los defensores de los derechos humanos contra aquellos a quienes se les ha negado la oportunidad de expresar y explicar sus concepciones acerca de los Derechos Humanos.

Claro que me refiero al contacto del europeo con los pueblos originarios de nuestra región; encuentro que pudo haber sido muy enriquecedor y fructífero para las distintas culturas y pueblos, pero lamentablemente la sociedad occidental inició una empresa colonizadora, cuyos tristes logros fueron el exterminio, el sometimiento, la explotación y la degradación de los grupos que hasta ese momento habitaban en nuestra región.

Ese aniquilamiento abarcó tanto el aspecto físico como cultural de los pueblos originarios; es decir, que no sólo la vida de las personas, sino también sus cosmovisiones, costumbres, formas de vida e instituciones fueron avasalladas por el etnocentrismo del hombre blanco.

La colonización resultó devastadora, dado que muchos grupos han dejado de existir y los sobrevivientes quedaron subordinados a los estratos más desfavorecidos de nuestra estructura social, marginados del sistema de producción y distribución de riquezas propio de las sociedades modernas y excluidos de la participación política y los beneficios que -aunque sea formalmente- promueven los Estados actuales.

El europeo construyó la categoría de indígena en el mismo momento que arribó a América, para definir, por oposición, a aquellos sectores que no pertenecían a la cultura occidental.

Dentro de esta categoría se englobó a una heterogeneidad de grupos sociales que lo único que tenían en común eran no ser europeos ni negros, por lo tanto, las identidades previas se anularon y los “indios se homogeneizaron” detentando las siguientes características: infieles, herejes, idólatras, etc.

En tal sentido, Bonfil Batalla afirma:

La categoría de indio, en efecto, es una categoría supraétnica que no denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino una particular relación entre ellos y otros sectores del

sistema social global del que los indios forman parte. La categoría de indio denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial. (Bonfil Batalla, 1988, p.30).

Como se podrá advertir, con la categoría de indio se produce un proceso de supresión de las diferencias culturales de los grupos sociales involucrados, al que se le sumará otro de mayor magnitud, la invisibilización de toda la categoría indígena por parte de los Estados Nacionales.

Desde esa posición de poder naturalizada, la cultura occidental se arroga la prerrogativa de definir qué es y qué no es respetuoso de los derechos humanos; en tal sentido, la privación de la libertad en instituciones penales tiene la finalidad de resocializar a una persona que entró en conflicto con los valores presuntamente protegidos por las leyes penales estatales y, por lo tanto, no resulta una práctica disciplinaria violatoria de los Derechos Humanos; y, en cambio, un procedimiento de expiación, por el cual una comunidad, a través de un castigo físico, reincorpora a uno de sus miembros, trasgrede claramente los Derechos Humanos.

IV. LA DEFINICIÓN ACERCA DE QUÉ ES VIOLATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBE CONSTRUIRSE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS MIEMBROS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

De lo expuesto se desprende que, para evitar la trampa hacia la que nos conducen las fórmulas contenidas en los instrumentos internacionales, que aceptan pero, al mismo tiempo, niegan la posibilidad de que los Pueblos Originarios apliquen sus propios derechos penales, es necesario redefinir la idea del respeto, tanto a los derechos fundamentales de los Estados Modernos como también la de los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

Por tal motivo, para darle plena operatividad y defender tanto la validez como la vigencia de los derechos penales de los Pueblos Originarios, es preciso que esa reconceptualización se construya a partir de la interpretación que realizan los propios miembros de esos grupos acerca de qué consideran que es una violación de los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

Quienes somos ajenos carecemos de legitimidad -principalmente por razones históricas y actuales de dominación y explotación, pero también por desconocimiento efectivo del derecho de estos Pueblos- para realizar un juicio de valor acerca de si el derecho penal de los Pueblos Originarios es o no respetuoso de los Derechos Humanos.

Considero que son esos actores los que deben manifestarse sobre el punto y, para ello, es necesaria la construcción de un verdadero diálogo horizontal donde quienes provenimos del Derecho estatal no busquemos en sus prácticas, instituciones, procedimientos, infracciones, sanciones y discurso un reflejo o analogía con nuestro derecho conocido.

Por otro lado, además de esa reelaboración respecto de quién define qué es violatorio de los Derechos Humanos, es imprescindible destacar los elementos positivos que aparentemente contienen esos ordenamientos jurídicos.

En tal sentido, Francia Sánchez (2000) realizó la siguiente reseña:

- a. Se basan en la tradición oral, lo cual le proporciona un gran dinamismo y elasticidad.
- b. Se verifica una participación efectiva de la población en la fijación de sanciones.
- c. Hay aplicación de verdaderos principios jurídicos al caso concreto.
- d. Existe una búsqueda de la resolución efectiva del problema más allá del caso presentado por los interesados.
- e. Se imponen sanciones que resultan efectivas dentro del contexto del grupo, muchas de ellas con una fuerte carga moral.

- f. No se aplica pena de cárcel.
- g. No se victimiza al inculcado ni se le retira del trabajo ni de su familia.
- h. Se proporciona atención a la víctima.
- i. Se utilizan procedimientos rápidos, no costosos ni para el agraviado ni para el inculcado. (Francia Sánchez, 2000, p.142)

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con lo expuesto en el último apartado pareciera que se ha invertido el orden de las cosas, de verificarse las características expuestas por Francia Sánchez y, ante la crueldad y perversidad que exhiben como elemento estructural los sistemas penales correspondientes a los Estados Nacionales Modernos, son los integrantes de los Pueblos Originarios los que estarían en condiciones de enunciar cuando algún aspecto del Derecho penal oficial es incompatible con el respeto de los derechos fundamentales de los Estados Nación o con los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente.

Lo cierto es que la fórmula por la cual, en los instrumentos internacionales, se acepta la validez y vigencia de los ordenamientos penales de los Pueblos Originarios, es una muestra más de imposición colonial de Occidente hacia aquellos construidos como indígenas.

La superación de esa asimetría de poder no es sencilla, pero uno de los caminos posibles es batallar sobre la posibilidad de definir qué se entiende, en un contexto cultural determinado, como algo violatorio de Derechos Humanos.

Mientras tanto, los Pueblos Originarios seguirán haciendo lo que hacen desde hace un poco más de quinientos años: resistir, apropiarse de elementos positivos de la cultura occidental, y construir sus propias reglas para orientar sus comportamientos y resolver sus conflictos mediante la aplicación de su propio Derecho.