

Artículo de Investigación

DOI: <https://doi.org/10.61154/holopraxis.v9i1.3897>

Pueblos indígenas, derecho internacional y contextos de movilidad humana

Indigenous peoples, international law, and contexts of human mobility

Curi Daqui Lema-Maldonado ^a, Sonia Mercedes Zerpa-Bonillo ^b

^a Universidad de Otavalo, Otavalo, Imbabura, Ecuador, Email: muyumSuy@gmail.com,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0166-9916>

^b Universidad de Otavalo, Otavalo, Imbabura, Ecuador, Email: szarpa@uotavalo.edu.ec,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3287-707X>

Recibido: 7 de septiembre de 2024

Aprobado: 9 de enero de 2025

RESUMEN

El artículo abordó las implicaciones de los contextos de movilidad humana en relación con los instrumentos de derecho internacional que reconocen los derechos de los pueblos indígenas. Se adoptó una perspectiva de análisis centrada en el derecho internacional y las contribuciones que han surgido a partir de las críticas de las organizaciones indígenas, que han consolidado la idea de "Diplomacia Indígena". Estos procesos han llevado a la adopción de instrumentos de derechos humanos, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El objetivo de esta investigación fue identificar los límites de este tratado internacional relevante para los pueblos indígenas, y proponer posibles mejoras para la protección de sus derechos humanos. Para abordar este problema, se realizó una investigación documental descriptiva, con un enfoque cualitativo que se centra en los instrumentos de derecho internacional que se refieren específicamente a los pueblos indígenas, contextualizándolos dentro de la temática de movilidad y derechos humanos. Los resultados evidenciaron que múltiples contextos de pueblos indígenas están en situación de movilidad humana, lo que hace necesario identificar políticas específicas desde los estados para responder a estas necesidades. Se concluyó que, si bien existen avances en el desarrollo de instrumentos de derecho internacional innovadores, su aplicación todavía es inconsistente por parte de los estados de la región.

Descriptor: derechos humanos, población indígena, minoría cultural; migración. (Tesauro UNESCO)

ABSTRACT

The article addressed the implications of human mobility contexts in relation to international law instruments that recognize the rights of indigenous peoples. A perspective analysis was adopted focused on international law and the contributions that have emerged from the criticism of indigenous organizations, which have consolidated the idea of "Indigenous Diplomacy." These processes have led to the adoption of human rights instruments, such as the Convention 169 of the International Labor Organization (ILO). The objective of this research was to identify the limits of this international relevant treaty to indigenous peoples, and to propose possible improvements for the protection of their human rights. To address this problem, descriptive documentary research was carried out, under a qualitative approach that focuses on international law instruments that specifically refer to indigenous peoples, contextualizing them within the topic of human mobility and human rights. The results showed that multiple contexts of indigenous peoples are in situations of human mobility, which makes it necessary to identify specific policies from the states to respond to these needs. It was concluded that, although there is progress in the development of innovative international law instruments, their application is still inconsistent by the states of the region.

Descriptors: human rights; indigenous population; cultural minority; migration. (UNESCO Thesaurus)

INTRODUCCIÓN

En la construcción de los estados nacionales en Abya Yala ("tierra de vida plena" o "tierra madura" para los indígenas), los conceptos de estado, nación y territorio han sido ampliamente cuestionados con relación a las reales dinámicas políticas y sociales del continente que involucran a los pueblos indígenas. La división de los territorios ancestrales a partir de la creación de los nuevos estados nacionales ha generado como respuesta la formación de redes transnacionales que, a pesar de los contextos cambiantes, han mantenido prácticas culturales y dinámicas de movilidad humana constantes y presentes desde antes de la formación de los estados y que aún son identificables.

A partir de esta consideración, la movilidad humana, entendida desde una perspectiva de análisis que considere el aspecto cultural, enfrenta diferentes niveles de análisis y cuestionamientos en relación a sus implicaciones para la implementación de instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales enfatizan en el concepto de tierra y territorio y evidencian como estos podrían verse afectados al romperse su vínculo al momento de salir de las fronteras nacionales y territorios ancestrales.

El presente documento busca entender el enfoque existente en el derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos nacionales para ponderar las necesidades que surgen de estas realidades relacionadas con la movilidad y entender las implicaciones del reconocimiento de los derechos colectivos y territoriales presentes en los convenios internacionales sobre pueblos indígenas en los procesos de movilidad humana.

Uno de los instrumentos de derecho internacional más importantes al respecto, es el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la mayoría de los estados latinoamericanos, pero también por algunos países de Europa, África y Asia. Las obligaciones que surgen de estos tratados internacionales son exclusivas de los estados que han ratificado dichos instrumentos, lo que genera dudas sobre la efectividad de estos derechos para las comunidades de pueblos indígenas que han conformado nuevas realidades comunitarias en territorios diferentes al de su país de origen, pero que son miembros de este tratado internacional.

Por otro lado, en el Convenio 169 de la OIT existen elementos que consideran también la movilidad humana, en referencia específicamente al desplazamiento forzado, que parecen ser disposiciones de carácter moral y no de efectiva titularidad de derechos. Efectivamente, el tema de movilidad humana, se aborda con mayor consistencia en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007, un instrumento de "soft law", que abre una panorámica clara en una posible y futura adopción de un instrumento legalmente vinculante, en el cual se pretendería solicitar a los estados garantizar el derecho de los pueblos indígenas y a mantener relaciones con otros miembros de su propia comunidad divididos por fronteras nacionales (Gómez Isa, 2019).

La realidad de diferentes pueblos indígenas de la región en los estados nacionales, lleva a considerar como la diversidad de los sistemas jurídicos regionales responden en función de las particularidades de pueblos indígenas presentes en sus territorios o en territorios fronterizos, siendo de esta manera determinante entender también la situación de pueblos indígenas en contextos transfronterizos o afectados por desplazamiento forzado (Lema, 2022).

En el contexto ecuatoriano, han surgido interesantes cuestionamientos al derecho internacional y a su relación con los pueblos indígenas a partir de organizaciones indígenas al hablar de la posibilidad de crear un "pasaporte indígena" por ejemplo. Si bien esta iniciativa busca posicionar las perspectivas de los pueblos indígenas en el ámbito de la movilidad humana, se enfrenta al aparato sólidamente estructurado por la comunidad de estados en el derecho internacional que los excluye, siendo necesario identificar las implicaciones de estos instrumentos en la movilidad humana de pueblos indígenas. La presente investigación tuvo por objetivo discutir los alcances y desafíos para la implementación de los instrumentos internacionales en materia de pueblos indígenas en contextos de movilidad humana, con especial énfasis en las disposiciones del convenio 169 de la OIT.

MÉTODOS

La presente investigación emplea un enfoque cualitativo con alcance descriptivo-analítico, fundamentado en el análisis documental jurídico, basado en la revisión y análisis de literatura relevante, que incluye libros, artículos académicos, leyes y otras publicaciones relacionadas con el tema analizado. El estudio se estructura en tres fases metodológicas principales: la relación de los pueblos indígenas con el derecho internacional, el análisis del contenido de las disposiciones presentes en instrumentos de "hard law" y "soft law" sobre pueblos indígenas como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas del 2007, para finalmente discutir sobre casos de pueblos indígena en contextos transnacionales que permitirán identificar elementos para el debate de la aplicación de estos instrumentos.

RESULTADOS

Individuos, colectividades y la histórica exclusión de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional.

Los derechos humanos han tenido una incidencia importante en la transformación el derecho internacional moderno. Es a partir de la reconsideración del ser humano como destinatario de las acciones del Estado que inicia un cambio radical de los procesos relacionados a la comunidad internacional y sus actores. Bajo esta consideración es necesario identificar algunos precedentes históricos importantes en esta transformación ya que en la progresividad que asume el derecho internacional de los derechos humanos se puede entender los parámetros para la acción estatal frente al derecho internacional actual y el contexto en el cual se encuentran los pueblos indígenas.

Si se considera el entendimiento del derecho internacional bajo una visión clásica de autores como Hobbes, Espinoza, Locke, Rosseau o Kant, es posible identificar la atribución final del rol determinante del Estado en la producción de derecho internacional. Efectivamente, la paz de Westfalia en 1648 contribuye bajo el concepto de soberanía a consolidar la idea de que las relaciones internacionales y el derecho internacional son procesos exclusivos de los estados, excluyendo cualquier participación de individuos.

El italiano Antonio Cassese (2004), en su trabajo “Los derechos humanos hoy” identifican tres caracteres principales de la comunidad internacional del periodo comprendido entre el 1600 y el inicio del 1900 en donde las relaciones internacionales básicamente eran relaciones entre entidades de gobierno (Cassese Antonio, 2005). El primer carácter identificado por el autor considera un contexto donde los estados viven un “estado de naturaleza”. Esta idea, sin embargo, no coincide con las ideas sostenidas por Hobbes o Espinosa, es decir un contexto en donde prevalece la guerra y no existen instituciones comunes que regulen los comportamientos. Sería más bien, según el autor, algo similar a lo evidenciado por Locke, una comunidad internacional en donde existen pocas leyes mínimas que regulan la relación, pero se encuentran la ausencia de jueces o fuerzas coercitivas, así como asambleas o parlamentos, en este contexto prevalece el uso de la fuerza.

El segundo carácter considera la comunidad internacional de este periodo como una yuxtaposición de estados, los cuales hacen prevalecer los propios intereses, sean

políticos económicos o militares, más allá de la tutela de los intereses colectivos. En este contexto, según el autor, las normas se sostenían principalmente en acuerdos bilaterales y en pocas ocasiones en acuerdos multilaterales, basados en formas de recíproca conveniencia. Es posible entender en este contexto, la posibilidad para una de las partes, al momento de verse perjudicada, de recurrir y hacer valer las disposiciones establecidas en tratado internacional, recurriendo también a la fórmula *rebus sic standibus*. Las relaciones internacionales en este contexto recurrían entonces al principio de reciprocidad, el cual excluye a la posibilidad de intervención por parte de estados terceros. La tercera característica del derecho internacional del periodo, según Cassese, está relacionada a la ausencia de relevancia de los pueblos y de los individuos. Los pueblos no son más que objeto de dominio por parte de los diferentes monarcas y en el contexto de guerras por el dominio, asumen el rol de súbditos de los reinantes que hayan tenido suceso en sus conquistas. Diferentes el rol de los individuos, ya que representan ramificaciones del poder del monarca, no siendo posible renunciar al vínculo que siendo súbdito se establece con su reinante. Los ciudadanos de estos estados al encontrarse en territorios extranjeros mantienen la protección del estado de pertenencia. Siendo beneficiarios indirectos del derecho internacional.

Otro contexto histórico importante para considerarse es aquel que va desde mediados del 1700 hasta inicio del 1800, en donde documentos como la declaración de Estados Unidos de 1776/89 y la declaración francesa del 1789 abren una nueva visión del ser humano y de la sociedad. En este contexto el Estado refleja la voluntad popular, encontrando su razón de ser en el perseguir el bienestar colectivo como se menciona en el artículo 12 de la declaración francesa. En este contexto se consolida la idea fundamental del respeto de los derechos del hombre, si vienen los eventos históricos sucesivos, demostrarán la debilidad del Estado en garantizar los mismos, al no existir mecanismos que consoliden estos. Si bien, los alcances prácticos de estos instrumentos no han sido contundentes, serán fundamentales para la formulación de documentos como la declaración universal de los derechos humanos.

A partir del siglo XIX es posible identificar algunos procesos que consideran el rol de los individuos. Se adoptan tratados internacionales que prohíben la esclavitud, así como convenciones para la codificación del derecho de guerra como en el caso de la

Convención de la Haya de 1889. Si bien estos contextos, hacen entender un direccionamiento para la tutela de los intereses de los mismos estados, se pueden identificar los primeros pasos para una futura participación del individuo en el derecho internacional. Esto podrá identificarse a partir de la adopción del pacto de la sociedad de las naciones en el año 1919 dirigido a generar la coexistencia pacífica entre los Estados de la comunidad internacional, así como la tutela de minorías de carácter étnico lingüístico religioso presentes en los nuevos territorios del continente.

Solamente a inicios del año 1900 (a partir de la Doctrina Wilson) será posible identificar la noción de autodeterminación de los pueblos, es decir el derecho que tienen los pueblos a decidir sobre su propio futuro. Esta visión era contrastada por parte de las tesis leninistas según las cuales, era necesario consolidar un proceso de descolonización, generando procesos de real independencia para los pueblos. Si bien estas ideas encontraron mayor espacio después del fin de la Segunda Guerra Mundial, es necesario identificarlas, ya que evidencian un nuevo panorama del derecho internacional y sus actores.

La incidencia de los desastres generados por la Segunda Guerra Mundial, tuvieron una repercusión de carácter global, más aún en la configuración de un nuevo derecho internacional dirigido a la tutela del individuo. Los crímenes de guerra el genocidio y la persecución a grupos específicos, determinaron la necesidad de identificar parámetros mínimos en el reconocimiento de la dignidad humana. Bajo esta perspectiva es posible identificar la reconsideración de los procesos, que precedentemente se dirigían hacia ese fin. La contraposición entre la política racista y genocida por parte de la Alemania racista, con los ideales promovidos por las fuerzas aliadas que pro pregonaban la libertad de los pueblos y de los individuos, van configurando una visión nueva sobre el rol del derecho y el respeto de los derechos fundamentales y sobre el rol que configura la comunidad internacional para alcanzar la paz y el desarrollo.

A lo largo de la historia colonial y, de manera más importante, a partir de la creación de los estados nacionales en el continente americano, se ha ido delimitando la capacidad de establecer acuerdos que puedan generar posibles fuentes de derecho internacional para el reconocimiento de hipotéticos “estados indígenas”.

De esta manera, las experiencias de autonomía han sido fuertemente reprimidas con el fin de consolidar un control territorial por parte de los estados en estos territorios ancestrales. Por tanto, la "cuestión indígena" se ha configurado en la mayoría de los estados como un asunto interno de los estados que han vivido procesos de colonización, situación diferente de las denominadas minorías étnicas (Ministro de Justicia y Derechos Humanos, 2009).

Considerando los precedentes mencionados en relación con los procesos de colonización, es posible entender que la idea de comunidad internacional también se ha constituido desde actores que, en su práctica, han privado de titularidad de derechos a los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional. Según Torres (2013), esto llevó a consolidar las raíces de la "Diplomacia Indígena", la cual, frente a los procesos de universalización de los Derechos Humanos, jugará un papel importante en el reconocimiento de derechos específicos dirigidos a este sector de la población:

"La diplomacia indígena hunde sus raíces en los largos y penosos procesos de colonización acontecidos en distintas regiones del mundo a partir del siglo XVI, con la colonización, principalmente por las culturas occidentales (lo que dio lugar a la "cuestión del otro") de América, Indias Orientales, Asia y África". (Torres, 2013, p. 199)

El trabajo realizado por la Diplomacia Indígena ha consistido en incluir en la agenda de los estados de la región estándares mínimos que deben considerarse en las políticas públicas y el reconocimiento de derechos, a partir de procesos internacionales respaldados por los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, ante el desinterés estatal. La importancia de estos procesos ha tenido una repercusión regional significativa, al punto de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al resolver casos relacionados con pueblos indígenas, ha recurrido en los últimos años a las contribuciones resultantes precisamente de estos procesos.

Efectivamente, el entendimiento de la particular situación de los pueblos indígenas ha requerido diferentes formas de participación activa, desde los contextos nacionales hasta la presencia en espacios de carácter internacional. Los problemas de estigmatización, racismo, y discriminación, han estado también presentes en los procesos dirigidos a consolidar la universalidad de los derechos humanos, al no identificar mecanismos de participación específicos para pueblos indígenas. Un ejemplo de esto es la adopción del

convenio 107 de la organización internacional del trabajo aprobada en el 1957, siendo uno de los primeros instrumentos de carácter internacional en donde se identifican las obligaciones de los estados gratificantes con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Este convenio, fue largamente criticado, al no ser laborado con la participación de los mismos pueblos indígenas interesados(Natan, 2017)

Es a partir de la adopción del convenio 169 de la organización internacional del trabajo en el 1989 que se abre la posibilidad de participación de las comunidades indígenas para definir mecanismos que garanticen sus derechos y refleje en sus necesidades (IWGIA, 2014). Sin embargo, si bien este instrumento ha sido fundamental para la tutela de los derechos de los pueblos indígenas, desde un punto de análisis que considera el derecho internacional, es posible identificar que la ejecución y efectividad depende exclusivamente de los estados, abriendo un cuestionamiento sobre el rol efectivo de los pueblos indígenas en la elaboración de normas de derecho internacional.

Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT frente a contextos de movilidad humana.

Como se mencionó, el Convenio 169 de la OIT es resultado de un proceso de trabajo conjunto de organizaciones indígenas provenientes de diferentes países del continente y del mundo, que pretendieron remplazar el enfoque “asimilacionista” que abordaba el precedente Convenio 107. A partir de la constatación del nexo importante entre identidad cultural y territorio, la demanda por el reconocimiento de territorios indígenas se convirtió en uno de los ejes centrales del Convenio 169, ya que implica el reconocimiento e implementación de diferentes derechos humanos, entre los más relevantes, el derecho a la autodeterminación.

Bajo esta perspectiva, los pueblos indígenas han solicitado ser reconocidos no solo como poblaciones, sino como pueblos, tema que implica diferentes consideraciones por parte del derecho internacional. Efectivamente, el término población se relaciona con una constatación numérica, lo que deja de lado importantes implicaciones como la identidad cultural, e histórica de pueblos indígenas.

En contraposición, el término pueblos, pone en estrecha relación el concepto tierra, territorio y las actividades humanas que se desarrollan en él, como la cultura, la lengua, las relaciones humanas y sus instituciones que, bajo el derecho internacional, se

relacionan al derecho a la autodeterminación; un derecho reconocido, ya sea en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ya sea en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 1.3 límites para la interpretación del término “pueblos”: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.” (Pueblo Indígena, Convenio de La OIT, Resolución de La OIT, Declaración de La ONU., 2014, Art. 1.3)

Desde una perspectiva general, podemos evidenciar que los pueblos indígenas han afirmado a lo largo del continente la intención de mantenerse dentro de los territorios de estados independientes, buscando más bien reformular el mismo estado en varios aspectos de su organización política y administrativa, proponiendo, como en el caso de Bolivia y Ecuador, el estado Plurinacional (Llasag Fernández Raúl, 2014).

En este sentido, la Constitución del Ecuador del año 2008 viene a ser concebida como un contrato social estipulado no solo por individuos, sino también por pueblos y nacionalidades, realidades colectivas históricas que recurren al principio de interculturalidad como eje transversal para la construcción de nuevas relaciones contrarias al orden hegemónico de carácter colonial, iniciando entonces procesos y relaciones horizontales entre culturas, a diferentes niveles, como forma de reparación integral y dirigidas a construir una identidad común, basada en el reconocimiento y respeto de las diversidades, y a alcanzar el “Sumak Kawsay” –Buen Vivir–, concepto muy cercano al de los DDHH. (Lema, 2022)

Dentro de este contexto, las garantías y reconocimientos que han surgido específicamente para los pueblos indígenas han sido fortalecidas por la normativa constitucional vigente en estos estados, abriendo un puente de relación entre la gobernanza local, la gobernanza nacional y la política exterior del Estado frente a la comunidad internacional, reflejado por ejemplo en la determinación de jurisdicciones indígenas (Yesica Álvarez Lugo, 2020).

Los procesos de globalización han ido consolidando de manera más importante las relaciones entre los países de la región, llevando a personas provenientes de pueblos

indígenas a dejar sus territorios en busca de un futuro mejor. En la mayoría de los casos, debido a la importancia de los procesos de movilidad humana, se reconstruyen en tierras extranjeras nuevas comunidades que reproducen los códigos culturales de sus lugares de origen y, en algunos casos, integrándolos con nuevos significados y significantes que responden a los nuevos ambientes de residencia.

En estos nuevos contextos, entonces, se define la necesidad de entender de qué manera los pueblos indígenas pueden hacer efectivos los derechos que los países de origen han ratificado en tratados internacionales. Es importante mencionar que el Convenio 169 de la OIT, si bien proporciona criterios para la identificación de pueblos indígenas, no proporciona una definición clara de los mismos. El convenio recoge algunos aspectos relevantes, entre los cuales se identifican:

- La distinción de la colectividad nacional con relación a sus condiciones culturales, sociales y económicas.
- La conservación total o parcial de la práctica cultural, legislación e instituciones ancestrales que rigen esa colectividad.
- La auto identificación como pueblo indígena.

Estos criterios permiten atribuir la titularidad de derechos a quienes podrían ser identificados como pueblos indígenas, que están estrechamente ligados al concepto de tierras y territorios. Sin embargo, en el contexto específico de movilidad humana, el problema de la pertinencia de la titularidad de derechos colectivos relacionados al Convenio 169 de la OIT en contexto de movilidad humana queda abierto. A pesar de esto, es posible identificar que un buen número de estados de la región han ratificado este tratado internacional.

Tabla 1.

Países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT

País	Fecha de Ratificación	Estado Actual	Región
Argentina	3 julio 2000	En vigor	América del Sur
Bolivia	11 diciembre 1991	En vigor	América del Sur
Brasil	25 julio 2002	En vigor	América del Sur

Chile	15 septiembre 2008	En vigor	América del Sur
Colombia	7 agosto 1991	En vigor	América del Sur
Costa Rica	2 abril 1993	En vigor	América Central
Dinamarca	22 febrero 1996	En vigor	Europa
Dominica	25 junio 2002	En vigor	Caribe
Ecuador	15 mayo 1998	En vigor	América del Sur
España	15 febrero 2007	En vigor	Europa
Fiji	3 marzo 1998	En vigor	Oceanía
Guatemala	5 junio 1996	En vigor	América Central
Honduras	28 marzo 1995	En vigor	América Central
Luxemburgo	5 junio 2018	En vigor	Europa
México	5 septiembre 1990	En vigor	América del Norte
Nepal	14 septiembre 2007	En vigor	Asia
Nicaragua	25 agosto 2010	En vigor	América Central
Noruega	19 junio 1990	En vigor	Europa
Países Bajos	2 febrero 1998	En vigor	Europa
Paraguay	10 agosto 1993	En vigor	América del Sur
Perú	2 febrero 1994	En vigor	América del Sur
República Centroafricana	30 agosto 2010	En vigor	África
Venezuela	22 mayo 2002	En vigor	América del Sur

Fuente: Organización Internacional del Trabajo (2014). Elaboración autor.

Pueblos indígenas y redes transnacionales

Los pueblos indígenas se ven involucrados en los procesos de globalización en diferentes aspectos. Desde el comercio internacional, redes de cooperación en ámbito laboral y familias transnacionales, es posible entender cómo la complejidad de la movilidad humana ha tenido un impacto relevante en comunidades que, hasta hace pocos años, se encontraban aisladas (Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2014).

Si bien la movilidad humana ha sido una constante en el continente, la creación de las fronteras nacionales ha determinado que las redes de intercambio comercial, así como las relaciones de carácter cultural, comunitario e inclusive nacional, se hayan visto truncadas por la creación de nuevas fronteras. Lo que ha llevado a los estados a implementar un control dentro de sus territorios sobre los flujos migratorios, entendidos como una problemática parte de la política pública.

En este análisis, si bien el reconocimiento del derecho de ciudadanía ha garantizado la pertenencia a un Estado y la consecuente titularidad de derechos de ciudadanía, al generar este tipo de divisiones se ha procedido a fragmentar realidades socioculturales que no correspondían a los territorios de los estados independientes. Llevando entonces a un deterioro de las identidades colectivas de los pueblos indígenas como en el caso de los Guaraní-Kaiowá, un pueblo indígena dividido por las fronteras entre Brasil, Paraguay y Argentina, este pueblo ha luchado durante décadas para recuperar sus tierras ancestrales y mantener su cultura y tradiciones(Heusi Silveira, 2020).

Otro ejemplo similar es el del pueblo Mapuche, divididos por la frontera entre Chile y Argentina, en la región de Araucanía, quienes han tenido que enfrentar la represión y la discriminación por parte de los estados y de las empresas que en esos territorios han ingresado(Faundes Peñafiel, 2018).

Considerando esta problemática, el Convenio 169 de la OIT hace un llamado general a los estados en su Parte VII denominada "Contactos y Cooperación a través de las fronteras", enunciando que "Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente". (Convenio 169 OIT, 1989, Art.32)

El artículo en cuestión considera la necesidad de incluir en la práctica de la política exterior aquellas formas de cooperación que puedan garantizar el mantenimiento de las relaciones económicas, sociales, culturales, espirituales y relacionadas con el acceso a los recursos ambientales entre miembros de una misma comunidad indígena u otras comunidades que formen parte de ese sistema de vida. Esta disposición es relevante además para aquellos pueblos en aislamiento voluntario, los cuales se movilizan en

zonas tan amplias que involucran el territorio de diferentes estados(Trinchero, 2014). Para garantizar su supervivencia y la continuidad de sus formas tradicionales de vida, tienen que encontrar en la cooperación de los estados el reconocimiento necesario para continuar con este tipo de prácticas.

En el contexto de los pueblos indígenas que reconstruyen nuevas comunidades en países receptores, es importante destacar que el mismo Convenio 169, por un lado, deja abierta la posibilidad de que los Estados elaboren normativa interna que sea coherente con la propia realidad nacional. Esta cuestión indica que el reconocimiento de nuevas comunidades indígenas provenientes de países extranjeros es posible, como en el caso de la comunidad Kichwa en Bogotá, Colombia, la cual, al estar presente desde hace décadas, es considerada como una de las diferentes comunidades indígenas en la capital colombiana y titular de derechos relacionados con el Convenio 169 de la OIT(Ordóñez et al., 2014).

DISCUSIÓN

Dentro de los procesos de globalización actual, es importante vislumbrar, cómo en los contextos de movilidad humana, los pueblos indígenas han ido concretizando redes transnacionales, así como verdaderas colonias en países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, poniendo en pie el debate sobre la tutela efectiva de los derechos resultantes de este instrumento internacional para pueblos indígenas.

A la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es posible hacer algunas menciones sobre las implicaciones que tendría este tratado internacional al considerar pueblos indígenas provenientes de países que si lo han ratificado y que en contextos de movilidad se encuentran en países que no han integrado dicho instrumento en su legislación nacional.

El primer problema que es posible identificar, está relacionado al hecho de que un país que no ha ratificado el mencionado convenio no estaría legalmente vinculado al cumplimiento de sus disposiciones. De esta manera la titularidad de derechos relacionados a la pertenencia de pueblos indígenas no podría identificarse en obligaciones provenientes de tratados para ese Estado y dependería exclusivamente de la legislación interna del Estado que acoge a las personas provenientes de pueblos indígenas bajo su jurisdicción.

Si bien esta situación podría sugerir un estado de indefensión, es importante evidenciar la existencia de mecanismos dirigidos a la tutela de derechos fundamentales, establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, su legitimidad y su aplicabilidad. Por lo tanto, aun cuando un Estado no haya ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los derechos humanos, debido a sus características, son aplicables bajo su jurisdicción por ser de carácter internacional. Haciendo responsable de la garantía y tutela de derechos fundamentales como la vida, el derecho a la no discriminación, a la dignidad humana, y otros derechos fundamentales provenientes de tratados internacionales concernientes derechos humanos a todos los países garantes de la legalidad.

Una segunda consideración, necesaria, está relacionada a la transformación misma del derecho internacional, sobre todo con relación al rol que los instrumentos de soft law van adquiriendo en la producción del derecho internacional. Los estados que han definido instrumentos como el bloque de constitucionalidad en el caso colombiano y ecuatoriano, entre otros, se acercan cada vez más, a procesos que pretenden fortalecer los lazos entre su legislación interna y procesos de carácter internacional.

En esta línea, el rol que asume las recomendaciones, las resoluciones, o consultas provenientes de organismos internacionales, han sido trascendentales para identificar procesos comunes en la consolidación de los derechos humanos y de una nueva visión del rol del individuo frente del derecho internacional. Bajo esta premisa, es necesario una evaluación sobre la incidencia de instrumentos de soft law en los Estados de la región. Específicamente, sobre la incidencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 y la Declaración sobre Derechos de Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos del año 2016. Si bien estos instrumentos no tienen un carácter legalmente vinculante para los Estados, han sido objeto de consideración por parte de autoridades nacionales e internacionales, así como, por el mismo Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2016).

La tercera consideración a realizar está relacionada a la realidad legal del Estado receptor con respecto a pueblos indígenas. Algunos estados de la región, independientemente de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, han definido

en su legislación interna, instrumentos para la protección de pueblos indígenas. Éste es el caso de países como Estados Unidos o Canadá, quienes debido a su contexto histórico y relación con los pueblos originarios, han definido instrumentos que reconocen formas de determinación. En Estados Unidos, si bien ratificó el Convenio 169 de la OIT, a lo largo de su historia ha adoptado leyes como la Ley de Autodeterminación Indígena (Indian Self Determination and Education Assistance Act), o la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas Indígenas, que pretenden mejorar las condiciones de vida de las primeras nacionalidades en este país.

En el caso de Canadá, que tampoco ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, es posible identificar una política pública dirigida a las denominadas “First Nations”, así como leyes que reconocen sus derechos colectivos e identitarios, como en el caso de la Ley de Derechos Indígenas (Indian Rights Act) y la Ley de Autonomía y Autocontrol Indígena (Indigenous Self Government act), instrumentos de derecho interno que encuentran consonancia con otros instrumentos de carácter internacional.

Es precisamente bajo este marco legal existente en estos países, que algunas comunidades indígenas en contexto de movilidad humana han ido construyendo las bases de nuevas comunidades en territorios extranjeros, como es el caso del pueblo kichwa Otavalo, el cual está presente de manera importante en ciudades como Nueva York, Chicago, entre otros (Gina Maldonado, 2002). Esta nueva presencia territorial, ha sido favorecida por la consideración de que al ser pueblos originarios, serían también titulares de los beneficios y derechos previstos por la ley. Entre los cuales, por ejemplo, se tiene el acceso a becas de estudio por origen étnico, que en un principio estarían destinadas a personas provenientes de grupos indígenas norteamericanos, pero que debido a los contextos de movilidad humana, cada vez son mayormente solicitados también por pueblos indígenas provenientes de otros países, que se han asentado en ese país.

Los pueblos indígenas, en muchos casos, han sido incluidos en los procesos de construcción nacional, a condición de asimilar elementos de la cultura nacional como el idioma, valores y costumbres, renunciando a sus formas tradicionales de organización y memoria colectiva. Este es el caso de Canadá en donde en los últimos años se ha reconocido la responsabilidad estatal por la consumación de un “genocidio cultural” en

contra de los pueblos indígenas a través del uso de políticas de “civilización agresiva”. (Lema 2022)

La falta de reconocimiento y respeto de sus derechos ha llevado a la pérdida de tierras y recursos naturales, así como a la discriminación y violación de sus derechos humanos fundamentales. Sin embargo, en los últimos años ha habido un cambio significativo en la percepción y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y un paso adicional tras I. La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007, considerado fue un hito importante en la progresividad de los derechos humanos este sentido, al proyectarse también la adopción de un posible tratado internacional vinculante para los estados sobre esas bases.

Cabe mencionar que la realidad migratoria que enfrentan los pueblos y nacionalidades del continente es diferente en cada contexto. Hay algunos procesos de migración que dirigen a los pueblos originarios a asumir roles cercanos al trabajo agrícola o al cuidado de hogares. Sin embargo, en el caso del pueblo kichwa Otavalo, una importante independencia ha sido garantizada por su actividad comercial, lo que ha facilitado, la construcción de redes transnacionales de carácter económico social y cultural, aprovechando inclusive aquellos instrumentos de cooperación internacional, de relaciones diplomáticas, y en algunos casos siendo partícipes directos de procesos dirigidos a la consolidación de derechos de pueblos indígenas en el debate internacional. El Convenio 169 de la OIT también menciona, la obligación de los estados de reconocer las formas de organización tradicional que han desarrollado los pueblos y nacionalidades a lo largo de su historia. De esta manera, las autoridades indígenas en sus diferentes manifestaciones reflejan la construcción de procesos democráticos que llevan a la afirmación de formas de gobierno territorial, como en el caso de los Consejos de Indígenas en Colombia, basados en las disposiciones del artículo 330 de la Constitución Política de este estado (Estupiñán Achury, 2021).

A pesar de la amplia presencia de los pueblos indígenas en todo el mundo, su histórica exclusión como sujetos del derecho internacional ha tenido graves consecuencias. Esta inexistencia de los pueblos indígenas frente al derecho internacional es contrarrestada por su real presencia que, para estimas del Banco Mundial (2022), representarían

alrededor del 6% de la población mundial, distribuida en alrededor de 90 países. De esta manera es posible dar constancia de realidades nacionales que más allá de los estados de la región, reflejan la presencia de identidades colectivas que no se han estructurado formalmente como estados, en el estrecho término de la palabra.

En los estados latinoamericanos en formación, después de los procesos de independencia, las culturas de pueblos indígenas fueron concebidas como restos de un pasado arcaico que necesariamente debían de ser canceladas en cuanto contrarias a los objetivos de formar unidad nacional, símbolo de modernidad, determinando así, la adopción de diferentes políticas dirigidas a tratar con la diversidad; en algunas ocasiones, exterminando a estos pueblos, o en otros casos, negando elementos básicos de su existencia, como por ejemplo en el caso argentino, así como mencionado por Pilar Pérez (2019):

CONCLUSIONES

Luego de analizar detenidamente los argumentos presentados, se puede concluir que aún existen importantes desafíos en la implementación de los instrumentos de derecho internacional sobre pueblos indígenas, los cuales han sido históricamente excluidos debido a los eventos coloniales y su incidencia en el derecho internacional. Sin embargo, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y de la progresiva universalización de los derechos humanos, se ha dado lugar a una mayor participación en el derecho internacional de pueblos e individuos como se puede identificar de instrumentos de derecho internacional como son el Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, o el Convenio 169 de la Organización Internacional Del Trabajo.

Es también importante recalcar, el protagonismo que han asumido organizaciones indígenas frente a los procesos de carácter internacional, para la consolidación de una agenda que lleve a la adopción de instrumentos legalmente vinculantes que reflejen las necesidades y prioridades de los pueblos indígenas a partir de su participación. Gracias a la Diplomacia indígena, se han iniciado importantes procesos en espacios internacionales que han permitido la construcción de diferentes instrumentos de derechos humanos específicos para la protección de estos grupos en organismos como la

Organización de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Estados Americanos.

A pesar de estos avances, es necesario señalar que el enfoque de estos derechos ha estado principalmente relacionado con el reconocimiento de los territorios ancestrales y las prácticas culturales que se desarrollan en ellos, lo que ha dejado un amplio debate sobre la efectividad de estos derechos en contextos de movilidad humana. Además, es importante destacar que la relación con el Convenio 169 de la OIT está estrechamente relacionada con la voluntad del Estado de reconocer la presencia de un pueblo indígena extranjero dentro de su jurisdicción, como en el caso de los Kichwas de Bogotá, Colombia, originarios del Ecuador o de los kichwas en Estados Unidos.

En este sentido, se han identificado algunos límites del Convenio 169 de la OIT en el ámbito de la movilidad humana de los pueblos indígenas, lo que sugiere que sería necesario desarrollar un tratado internacional basado en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas para consolidar mayores instrumentos que permitan ejercer diferentes derechos que han sido históricamente negados a los pueblos indígenas.

El fenómeno migratorio indígena, es muchas veces invisibilizado sin proporcionar elementos necesarios para su entendimiento. Dejando adicionalmente, abiertos aspectos del fenómeno necesarios a entenderse como es el caso de las condiciones de mujeres indígenas, niños niñas y adolescentes indígenas, la tutela de los usos y costumbres entre ellos el uso del idioma en contextos de movilidad humana, a las redes de comercio y cooperación internacional entre los mismos pueblos indígenas, entre otros. De esto surge necesario, identificar y analizar, las acciones que se van implementando por parte de estados que han ratificado el convenio 169 de la OIT, para garantizar los derechos plasmados en este documento y que involucran personas provenientes de pueblos indígenas, pero que se encuentran en situación de movilidad humana en estados que no han ratificado el convenio.

Sin embargo, es necesario destacar que el reconocimiento de los derechos territoriales, así como de las formas tradicionales de gobierno de los pueblos indígenas, son avances que encuentran una práctica real dentro de las jurisdicciones indígenas, pero que enfrentan dificultades para concretizarse fuera de estos territorios.

Observando más allá de las fronteras de los estados, es posible decir que su grado de participación en la comunidad internacional, dependerá del grado de reconocimiento de formas de autonomía a pueblos indígenas por parte de los estados y en esto, la definición de instrumentos dirigidos a la tutela de derechos humanos y garantías de participación han sido fundamentales, como es el caso del Foro Permanente Para Las Cuestiones Indígenas de la ONU, El Mecanismo De Expertos Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (órgano subsidiario del Consejo de Derechos Humanos) o el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

Aunque se han logrado avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y su inclusión en los procesos internacionales, todavía se enfrentan importantes retos que deben ser abordados. La posibilidad de desarrollar un tratado internacional sobre la base de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas podría ser una oportunidad para consolidar mayores instrumentos que permitan a estos grupos ejercer sus derechos y mejorar su calidad de vida, pero es necesario todavía un trabajo profundo y detallado que evite la generalización de las condiciones en las cuales se encuentran los pueblos indígenas de la región.

Es necesario entonces, asumir un enfoque interseccional y multidisciplinario para abordar la complejidad que en la actualidad enfrentan los pueblos indígenas. Por otro lado, es necesario fortalecer un vínculo estrecho entre las acciones que se plantea a nivel internacional por parte de las organizaciones indígenas, sus acciones a nivel nacional, pero también, en la construcción de plataformas que permitan un diálogo abierto entre las mismas organizaciones indígenas, intercambio de experiencias, análisis sobre la situación regional e internacional sobre el tema, que permitan el direccionamiento de los pueblos indígenas respecto al derecho internacional y contextos de movilidad humana por parte de los Estados.

Conflicto de interés

Los autores no tienen conflictos de interés

Financiación

Este proyecto no contó con ninguna fuente de financiación

Responsabilidades Éticas

El proyecto fue aprobado por el comité de ética de la institución.

REFERENCIAS

- Álvarez, Y. (2020). Derechos territoriales indígenas y pluralismo jurídico pos desarrollista. Foro, Revista de Derecho, 8–24. <https://doi.org/https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.1>
- Cassese, A. (2005). I diritti umani oggi (Laterza). Laterza.
- Comisión Económica para América Latina (CEPAL). (2014). Los pueblos indígenas en América Latina Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. <https://n9.cl/bckz0>
- Convenio Núm. 169 de La OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales En Independientes. Declaración de Las Naciones Unidas Sobre Los de Los Pueblos Indígenas. (2014).
- Estupiñán, L. (2021). La organización territorial de Colombia. Una lectura a 30 años de la Constitución Política de 1991. Cuadernos Constitucionales, 1. <https://doi.org/10.7203/cc.1.19052>
- <https://doi.org/https://doi.org/10.17141/iconos.14.2002.583>
- Gómez, F. (2019). La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas. Revista Española de Derecho Internacional, 71(1), 119–138. <https://doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.1.04>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2016). Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos. www.iidh.ed.cr
- International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA). (2014). Convenio 169 de la OIT: los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación (José Aylwin y Leonardo Tamburini, Ed.). International Work Group for Indigenous Affairs. <https://iwgia.org/es/>
- Llasag, R. (2014). Constitucionalismo Plurinacional e intercultural de transición: Ecuador y Bolivia. Meritum, 9, 295–319.

- Maldonado, G. (2002). Pasado y presente de los mindalaes y emigrantes otavalos. Íconos - Revista De Ciencias Sociales, 46–55.
- Natan, E. (2017). Revisión de normas internacionales del trabajo: análisis crítico de las decisiones sobre temas indígenas y propuesta para una acción en la conferencia internacional del trabajo (2018) natan elkin. TEMAS LABORALES, Págs. 69-90. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6552298.pdf>
- Ordóñez, J., Colmenares, F., Gincel, A., & Bernal, D. (2014). Migraciones de los Kichwas-Otavalo en Bogotá. Revista de Estudios Sociales, 48, 43–56. <https://doi.org/10.7440/res48.2014.04>
- Salas, R., Peñafiel F. (2018). Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wa-Ilmapu. In Marianella Ledesma (Ed.), Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa (Marianella Ledesma, pp. 693–737). Centro de Estudios Constitucionales.
- Silveira, N. (2020). Hambre y soberanía alimentaria entre los kaiowa y guaraní en el Brasil. Antropológica, 38(44), 71–100. <https://doi.org/10.18800/antropologica.202001.004>
- Trinchero, H. (2014). Pueblos indígenas, Estados nacionales y fronteras, Tensiones y paradojas de los procesos de transición contemporáneos en América Latina (Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras, Ed.).