

Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización

Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz
y María Teresa Sierra
(coordinadores)

1



323.11
5984

340.57

J888j Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización /
Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra, (coordinadores). --
México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social:
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011.
512 p. ; 23 cm. -- (Publicaciones de la Casa Chata)
Incluye bibliografías.

ISBN 978-9978-67-305-8 (Flacso-Ecuador)

ISBN 978-607-486-128-0 (CIESAS)

1. Derecho indígena - América Latina. 2. Antropología jurídica - América Latina.
3. Movimientos indígenas - América Latina. 4. Autonomía indígena - América
Latina. 5. Indigenismo - América Latina. I. Chenaut, Victoria, coord. II. Gómez,
Magdalena, coord. III. Sierra, María Teresa, coord. IV. Serie.

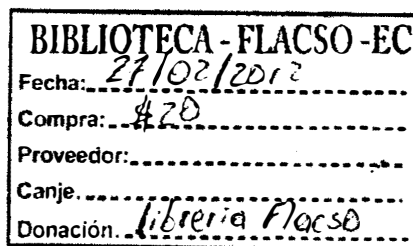
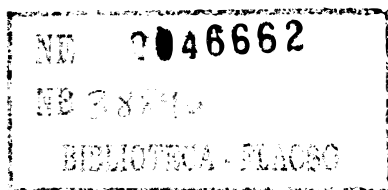
Cuidado de edición y corrección de estilo: Bulmaro Sánchez

Tipografía y formación: Laura Roldán Amaro

Diseño de portada: Gabriel Salazar con base en la fotografía de Alberto Patrian,

Cueva de las Manos, Río Pinturas, Santa Cruz, Argentina

Primera edición: 2011



D. R. © 2011 Facultad Latinoamericana
de Ciencias Sociales, Ecuador
La Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro
PBX (5932), 323888, Quito, Ecuador
falta página electrónica

D. R. © 2011 Centro de Investigaciones
y Estudios Superiores en Antropología Social
Juárez 87, Col. Tlalpan,
C. P. 14000, México, D. F.
difusion@ciesas.edu.mx

ISBN 978-9978-67-305-8

ISBN 978-607-486-128-0

Impreso y hecho en Ecuador

Índice

Agradecimientos	13
-----------------------	----

Introducción	15
--------------------	----

Sección I: Globalización y pueblos indígenas

Diez tesis sobre identidad, diversidad y globalización	37
<i>Héctor Díaz-Polanco</i>	

Expropiación liberal. Un ensayo sobre la transformación de recursos locales en mercancías globales	63
<i>René Kuppe</i>	

Pueblos indígenas y negros. Territorios y recursos naturales en América Latina	85
<i>Willem Assies †</i>	

Política hidrocarburífera y los derechos indígenas en Bolivia: cambios y continuidades ..	105
<i>Almut Schilling-Vacaflor</i>	

En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización	129
<i>Magdalena Gómez Rivera</i>	

Sección II: Diversidad social y políticas de reconocimiento

Las acciones afirmativas en Brasil	153
<i>Rebecca Igreja</i>	

Luchas por el reconocimiento y nuevas geografías étnicas en los Altos de Chiapas. El caso de La Siberia en el municipio de Chanal	177
<i>Araceli Burguete Cal y Mayor</i>	

Los derechos colectivos frente al debate constitucional: los pueblos indígenas y la Asamblea Constituyente en Bolivia	199
<i>Sarela Paz Patiño</i>	

La participación política del movimiento indígena ecuatoriano: balance crítico (1990-2007)	219
<i>Fernando García Serrano</i>	

El derecho a la diferencia en la Constitución argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico	237
<i>Susana Ramella</i>	

Sección III: Justicia, género y derechos humanos

Derechos humanos, género y nuevos movimientos sociales: debates contemporáneos en antropología jurídica	261
<i>Sally Engle Merry</i>	

Transnacionalización, derechos humanos y mujeres mapuche	291
<i>Millaray Painemal y Patricia Richards</i>	

Etnografía de la justicia estatal: la violación como prisma de las relaciones de género	313
<i>Rossana Barragán y Carmen Soliz</i>	

Violencia y delitos sexuales entre los totonacas de Veracruz, México	335
<i>Victoria Chenaut</i>	

Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores	357
<i>Rita Laura Segato</i>	

Sección IV: Pluralismo jurídico, justicia y disputa por los derechos

Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento	385
<i>María Teresa Sierra</i>	

Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita	407
<i>Herinaldy Gómez Valencia</i>	
¿Y después de la ley, sigue el derecho? Avances y retrocesos en la conformación del México plural	427
<i>Héctor Ortiz Elizondo</i>	
Los juzgados indígenas en el sur de México	443
<i>Wolfgang Gabbert</i>	
Justicia, dignidad y derechos colectivos. Acompañando a las comunidades y a la Alcaldía Indígena de Chichicastenango	465
<i>Morna Macleod y Josefa Xiloj Tól</i>	
El Juzgado Indígena de Huehuetla, Sierra Norte de Puebla: construyendo la totonaqueidad en el contexto del multiculturalismo mexicano	487
<i>Korinta Maldonado Goti</i>	
Biografías	507

En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización

Magdalena Gómez Rivera

INTRODUCCIÓN

En este capítulo plantearé algunas tendencias que constituyen el contexto para analizar cómo las conquistas jurídicas logradas por los pueblos indígenas en los últimos 20 años se desvanecen ante la embestida de las políticas y normas privatizadoras. Con ese propósito ofrezco una reconstrucción muy genérica de las etapas del proceso de juridicidad en el caso mexicano, destacando la dimensión de los recursos naturales en la contrarreforma indígena de 2001.¹ Por otra parte, a partir de un seminario en la ONU sobre y con empresas transnacionales, recupero el discurso que al respecto se maneja, para abordar en seguida los caminos de la privatización que abre la actual oleada legislativa en México, de la cual daré algunos ejemplos que muestran que las menciones indígenas de las mismas niegan a los pueblos el carácter de sujetos de derecho y rechazan implícitamente la autonomía que formalmente quedó enunciada en 2001. Por último, planteo algunas perspectivas que aparecen en el futuro inmediato.

LA DISPERSIÓN DE LOS ESTADOS NACIONALES: TENDENCIAS

Tras dos décadas de lucha por el reconocimiento de sus derechos, los caminos de la movilización indígena se han transformado: algunos se han bifurcado para encontrarse en la lucha por los espacios del Estado, mientras que otros han definido una estrategia para fortalecer su autonomía en los hechos. También las demandas registran reacomodos y redimensionamiento. Hoy está claro que el proceso de juridicidad² se ha topado

¹ El término de “contrarreforma” se utiliza en lógica política en contraposición con el de la reforma que había sido concertado en los Acuerdos de San Andrés de 1996 conocido como la “Propuesta Cocopa”, en alusión a su promotora, la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) integrada por legisladores de todos los partidos políticos.

² Este proceso se abrió con la estrategia indígena de promover que sus demandas tuvieran estatus jurídico constitucional en sus países y reconocimiento en instrumentos internacionales *ad-hoc*.

con la indisposición de los Estados para optar por su profunda transformación y dar paso plenamente al componente pluricultural históricamente negado. En lugar de ello, algunos han optado por apropiarse del discurso para diseñar, más que un traje, un disfraz (Lowenstein, 1965).

En esta aparente imposibilidad hay un elemento cierto: la profundización de las políticas neoliberales que han hecho de los antiguos Estados-nación una mera ficción (Assies, 1999). Ahí se asienta el necesario redimensionamiento de las luchas sociales en nuestros países latinoamericanos, pelean de cara a sus Estados pero con la mira puesta en las transnacionales que no han requerido de proceso constituyente alguno fuera de los aparatos operativos en que se han convertido organismos como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) o el Banco Mundial (BM) entre otros.³ Sin embargo, felizmente la realidad tiene otros escenarios, “bolsones de resistencia” como les han llamado los zapatistas mexicanos, porque los hay de otros países, y desde ahí y desde las redes que pacientemente se van tejiendo se organizan para detener el empuje neoliberal que esta vez ya no sólo busca excluirlos sino virtualmente eliminarlos (Santos, 2002). En nuestros países, la aplicación de normas constitucionales está atada a la discrecionalidad que entraña “la voluntad política” de aplicarlas. Esta línea se pone en crisis frente a unos sujetos políticos interesados en exigir su cumplimiento. Las crecientes movilizaciones indígenas en regiones que conjugan extrema pobreza y marginación social y política están generando una tendencia muy grave y creciente que consiste en valorar la problemática indígena bajo un esquema de seguridad nacional en lugar de proponerse, incluso en lógica de gobernabilidad, el fortalecimiento del Estado de Derecho con la ampliación del marco constitucional que propicie la participación directa de estos pueblos en la definición y ejecución de políticas nacionales.

Si nos acercamos a los diversos países de la región y los vemos por la ventana indígena, encontraremos escenarios comunes, independientemente de la ausencia o presencia de normas constitucionales, legales o de derecho internacional. Por ejemplo, paradójicamente la tierra ya no vale tanto por sus fines agropecuarios como por su utilización para megaproyectos. Se impone en los Estados la tendencia a ubicar en la explotación de recursos naturales de los territorios indígenas la vía para superar la crisis económica, por medio de concesiones forestales, mineras, turísticas, hidroeléc-

³ El BID tiene una página web: <<http://www.iadb.org>>, en la que da cuenta país por país de toda la legislación indígena. No se queda en la mera transcripción de los textos y elabora un índice de “calidad legislativa indígena”, en el cual asigna porcentajes si se ratificó un documento, se expidió una ley etcétera y así “califica”. BID, Banco de Datos de Legislación Indígena, 2004.

tricas. Esto sin garantizar siquiera el ejercicio del derecho a la consulta a favor de los pueblos indígenas antes de tomar decisiones que les afecten, como establece el Convenio 169 de la OIT (Gómez, 2006). Mucho menos parece viable el ejercicio del derecho al consentimiento libre e informado reconocido por la recientemente aprobada Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En ese contexto observamos el reforzamiento de la privatización mediante la emisión de sucesivas leyes centradas en la biodiversidad, lo cual perfila la paulatina desaparición del espacio propio del derecho público al colocar al Estado como simple promotor y certificador de las operaciones “privadas”, de los inversionistas.⁴ En ello participan, junto a los Estados de la región, tanto los organismos públicos multilaterales como la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), así como organismos financieros como el BM y el BID.

Si bien aún existen particularidades en los procesos nacionales, éstas se refieren a la manera en que administran las políticas o a la manera en que las sociedades nacionales o la clase política reaccionan a ellas. En los hechos nos encontramos de cara a las definiciones y programas del BID o del BM, que no dejan lugar a dudas sobre su visión acerca del papel actual de los antiguos Estados nacionales hoy transformados en lógica neoliberal.

Para ilustrar este planteamiento, el BID nos ofrece su tesis central acerca del Estado:

El desarrollo equitativo y sustentable requiere de un Estado democrático, moderno y eficiente que promueva el crecimiento económico proporcionando un marco regulatorio apropiado para el funcionamiento de los mercados, que garantice un ambiente de estabilidad macroeconómica y de confianza y seguridad jurídica y política que sea capaz de adoptar políticas económicas y sociales apropiadas para la reducción de la pobreza y la conservación del ambiente y que implemente políticas de una manera eficiente, transparente y responsable.⁵

⁴ Lo cual no implica la desaparición del Estado sino el abandono de sus responsabilidades de intervención para garantizar los derechos económicos, políticos, sociales y culturales particularmente de las grandes mayorías que han sido marginadas y excluidas.

⁵ Documento denominado “Marco de referencia para la acción del Banco Interamericano de Desarrollo en los programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil”, 10 de marzo de 2000. Web <<http://www.iadb.org>>.

Ése es el marco que sustituyó a lo que antaño denominábamos “el Estado-nación” o el proyecto emanado de la Revolución Mexicana. El Estado nacional, en la nueva lógica, asume en los hechos la preeminencia del capital y legisla a modo para facilitar su inserción en terrenos que ponen en riesgo la supervivencia misma de los pueblos indígenas, pues en los hechos su derecho sobre el territorio está ausente, lo cual no se subsana al considerarlos “preferentes” frente a la competencia con las transnacionales.

Por ello las reformas constitucionales indígenas hasta hoy logradas son un mero engranaje y en ocasiones no el fundamental, dado que las políticas hegemónicas en cierta forma operan por encima de los avances jurídicos, porque a nivel interno privan sobre el orden constitucional los arreglos metaconstitucionales de los Estados y éstos también se colocan por encima de la normatividad internacional vigente, sobre todo la relativa a los derechos humanos en su más amplio espectro. Asistimos también a un proceso de trivialización del derecho indígena, ya que algunos Estados lo asumen como discurso y lo convierten en el cascarón de banales políticas públicas, en la búsqueda de obtener una legitimidad de la cual carecen. En cierto sentido, nos encontramos con la paradoja de que los Estados han acusado a los pueblos indígenas de intentar “balcanizarlos” con sus demandas jurídicas, y resulta que en los hechos a través de las normas indígenas se está reforzando una visión segmentada respecto de la orientación general del orden jurídico nacional y, peor aun, éste también es desplazado por los acuerdos bilaterales y multilaterales. Podemos por tanto pensar que es a los pueblos indígenas a los que se les ha “balcanizado” en una versión moderna de la exclusión histórica, ahora más compleja porque formalmente los ha ubicado como un parche o retazo de las constituciones. Incluso espacios hasta hoy no abordados con suficiencia, como son el del derecho ambiental⁶ o el relativo a las normas de comercio internacional, están siendo los espacios normativos desde los que se definen las políticas que amenazan seriamente a los pueblos indígenas por encima y en contra de los derechos indígenas hasta hoy reconocidos, sin consideración alguna al principio de interconexión entre normas y tratados.⁷ Hoy más que nunca carecemos de bases para concebir las reformas indígenas de manera aislada respecto al rumbo que está tomando el perfil neoliberal, pues sus territorios o lo que queda de ellos son asediados ya no para lograr su despojo, sino para conseguir la explotación de los recursos mediante otras vías.

⁶ Véase en este libro el texto de René Kuppe “Expropiación liberal. Un ensayo sobre la transformación de recursos locales en mercancías globales”.

⁷ Este principio consiste en que al aplicar las normas se consideren en relación con otras de la misma materia.

EL PROCESO DE JURIDICIDAD EN MÉXICO

Podemos observar diversas etapas, no sólo políticas sino conceptuales. En principio, ante la ausencia absoluta de la mínima mención a estos pueblos (Mares, 1997), aparecía como un avance que se les reconociera el derecho al traductor en los juicios penales, sobre todo en contraste con aquellas normas que los trataban como inimputables por ser “indígenas analfabetos no integrados a la civilización”.⁸ Para 1989 el Estado mexicano había dejado de ser la vanguardia indigenista en América Latina.⁹ Contando con la tercera parte de la población indígena en esta región, se mantenía sin expresiones jurídicas de reconocimiento explícito a su conformación pluricultural (Clavero, 1994). El vacío jurídico constitucional se empezó a cubrir con la ratificación el 3 de agosto de 1990, y el registro, el 4 de septiembre del mismo año, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹⁰ (Gómez, 1995).

Luego vendría la reforma al párrafo primero del artículo cuarto de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos, formalizada el 28 de enero de 1992.¹¹ Precisamente durante el proceso para la exigua adición al 4º constitucional se cruzó la reforma del artículo 27 constitucional que sería la verdadera reforma indígena del salinismo.¹²

La contrarreforma indígena de 2001 y los recursos naturales

Uno de los derechos colectivos inherentes a la vida de los pueblos indígenas es el relativo al territorio y el acceso al uso y disfrute de recursos naturales. El territorio es un concepto clave en la delimitación y reconocimiento sobre los derechos de estos pueblos (Berraondo López, 2006). Se refiere al espacio geográfico que se encuentra bajo la influencia histórico-cultural y el control político de un pueblo, lo que permite tomar

⁸ *Código penal del Estado de Michoacán*, promulgado el 7 de julio de 1980, el artículo 16 ya derogado.

⁹ Así considerado por ser, junto con Brasil, los únicos Estados que a raíz del Congreso de Pátzcuaro, Michoacán, en 1940 definieron una política indigenista y crearon instituciones para atenderla.

¹⁰ Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores, segunda sección, 26 de junio de 1990, formalizado el 3 de agosto de 1990 y registrado el 4 de septiembre de 1990.

¹¹ La califico de “exigua” porque en un párrafo se refirió a derechos culturales sin abordar los que demandaban los pueblos indígenas en relación con autonomía y territorios. Lo más importante del texto fue el reconocimiento de que México es país pluricultural sustentado originariamente en sus pueblos indígenas.

¹² Carlos Salinas de Gortari fue presidente de la República Mexicana de 1988 a 1994.

decisiones sobre el conjunto de los recursos naturales para definir cómo se usan y cómo se dispone de ellos.

Este concepto está definido en el párrafo 2 del artículo 13 del Convenio 169 cuando señala que: “la utilización del término ‘tierras’ deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”. La propiedad y posesión se refiere por tanto a las tierras y no al territorio; ocupación y utilización es sinónimo de uso y disfrute. Por su parte, el artículo 26 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la O.N.U establece “el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, o de otra forma utilizado o adquirido”. Siendo éste el significado del territorio para la preservación y desarrollo de los pueblos indígenas, resulta clara su distinción con la mera tenencia de la tierra. Por eso corresponde hacer un recuento de la situación jurídica actual en esta materia. Como sabemos, el 6 de enero de 1992 culminó el proceso de reforma al artículo 27 constitucional el cual, entre otros planteamientos, sentó las bases para que las tierras entraran al mercado y se rigieran por la ley de la oferta y la demanda. Entrar al mercado y al mundo del derecho civil y mercantil significa que los titulares de la tierra pueden rentar, vender o asociarse, entre otras facultades (Gómez, 1997).

En los días de la contrarreforma indígena mexicana de 2001, se llegó a decir que quienes la cuestionamos pecábamos de radicalismo. Lamentablemente, a la distancia advertimos que no sólo tuvimos razón en nuestra crítica sino que nos quedamos cortos en cuanto a sus alcances. Específicamente en cuanto al acceso al uso y disfrute de recursos naturales sabíamos que era el tema de rechazo central, sin embargo, lejos de quedarse estática una reforma sin legitimidad encontramos ahora que se ha caminado en su fortalecimiento por una suerte de “esquizofrenia jurídica”, pues se ha legislado sobre la materia y no sobre el sujeto de derecho al cual se le ha convertido en una frase hueca y sin sentido que sirve para justificar que se “toma en cuenta” a los pueblos indígenas. Recordemos que los pueblos indígenas han vivido con distintas caras jurídicas. Mucho tiempo la agraria les dio personalidad, después se agregó a pueblos o comunidades indígenas. Da lo mismo representarse como ejido, comunidad agraria, pueblo o comunidad indígena, puesto que las leyes los mencionan en el mismo plano para gozar de supuestas “preferencias” en las concesiones y contratos.

No abordaré el contenido completo de la reforma que descarriló el proceso de diálogo en Chiapas y vulneró los Acuerdos de San Andrés¹³ firmados por el gobierno

¹³ Estos acuerdos son el resultado de la Mesa Uno sobre Derechos y Cultura Indígena realizada entre septiembre de 1995 y febrero de 1996, en el marco del Diálogo y Negociación del gobierno federal mexicano con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

federal el 16 de febrero de 1996 (Gómez, 2005). Me referiré sólo a los recursos naturales y la autonomía como una vía para entender el sentido de la oleada legislativa que amenaza a los pueblos indígenas.

En el texto del nuevo artículo 2º constitucional se determinó que ésta se ejercería “con respeto a las modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad”. El supuesto nuevo derecho constitucional para los pueblos indígenas nace supeditado a las leyes, cuestión contraria al principio de jerarquía de normas, sin abordar las omisiones de conceptos como el de tierras y territorios sustituidos por “los lugares que habitan y ocupan”. De modo que el Poder Legislativo no fue capaz de garantizar el uso y disfrute de recursos naturales cuando expresamente no se demandaba el pleno dominio. Los conflictos con derechos de terceros se darían de entrada si se plantearan derechos sobre tierras y territorios que han ocupado. Además, de acuerdo con la Suprema Corte no cualquier interés de tercero es reivindicable, sino sólo el de aquel que demuestre que su derecho ha sido violado. Planteado en estos términos, constituye una condicionante genérica que consigna una virtual preferencia a favor de cualquier interés distinto al de los pueblos.

Es indudable que las inserciones de normas relativas a derecho indígena en el orden constitucional expresarían avances en el terreno de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, y su ejercicio tendería a confrontar crecientemente las aspiraciones neoliberales del Estado. Por eso han quedado atrás las posibilidades que abriría la iniciativa conocida como Cocopa¹⁴ derivada de los Acuerdos de San Andrés. Era importante este tema porque existe una fragmentación legal en cuanto a recursos naturales mientras que los pueblos los asumen de manera integral.¹⁵ Así, encontramos la ley agraria, por un lado, la minera y forestal, la de aguas, la de pesca y la de equilibrio ecológico, por otro. Todas estas leyes habrían de revisarse, una vez aprobada la iniciativa de Cocopa, para garantizar a los pueblos en sus tierras y territorios el acceso al uso y disfrute de recursos naturales que no sean del dominio exclusivo de la nación.

PUEBLOS INDÍGENAS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

La creciente intervención de empresas transnacionales en territorios indígenas ha motivado que incluso la ONU aborde el tema incluida la dimensión con la llamada

¹⁴ Esa instancia elaboró un proyecto de iniciativa de reforma constitucional que fue avalado por el EZLN y rechazado por el gobierno federal.

¹⁵ Es decir, para ellos la naturaleza no tiene subdivisiones en forestal, agraria, de aguas y minería.

mundialización. Es el caso del seminario que se realizó en Ginebra del 5 al 7 de diciembre de 2001 denominado “Los Pueblos Indígenas y las Empresas Privadas” y que retomo como un testimonio sobre el enfoque prevaleciente para tratar una relación notoriamente asimétrica.¹⁶ El punto de partida de los organizadores fue que los pueblos indígenas sintieron que estaban siendo excluidos de los beneficios del proceso de globalización. Para conocer los retos de las relaciones entre los pueblos indígenas y el sector privado se subrayó la importancia del reconocimiento de una relación especial de los pueblos indígenas con las tierras, territorios, y recursos naturales. También que se necesita un acercamiento tomando en cuenta consideraciones sociales, ambientales y económicas del desarrollo de actividades, así como el hecho de que los pueblos indígenas ven los derechos humanos y el desarrollo sustentable como las dos caras de la moneda.¹⁷

Durante el seminario se alentó a los participantes a entrar a un dialogo verdadero y un entendimiento mutuo, al compartir tanto las buenas experiencias como las malas.¹⁸ Luego de analizar el desarrollo de dicho seminario encontramos que se movió en torno a la falacia de que es posible establecer una relación “equitativa” entre pueblos indígenas y empresas transnacionales e incluso establecer alianzas frente al Estado. Propuesta que parece tener fuerza pues en el estado de Chiapas, México, Ignacio March, director de ciencia de la organización internacional Nature Conservancy, sostuvo que los pueblos indígenas y campesinos, poseedores de las principales áreas naturales, “deben incluir a la iniciativa privada y organismos ambientales como sus aliados”.¹⁹ Es lamentable que se plantee siquiera que los probables beneficios compensatorios sean la construcción de aulas, hospitales o alguna infraestructura en las comu-

¹⁶ Sus conclusiones se incorporaron en la Resolución 2000-15, la Subcomisión de la Promoción y Protección de los Derechos Humanos recomendó que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés) organizara dicho seminario en colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas en comercio y Desarrollo, la Organización de Labor Internacional, y la Organización Mundial de Comercio, entre otras organizaciones relevantes.

¹⁷ La idea de incorporar a los “actores sociales” a los espacios de la ONU se adoptó oficialmente con el lanzamiento del Global Compact, con la participación de 44 grandes sociedades transnacionales y algunos otros “representantes de la sociedad civil”. Fue anunciado en 1998 por el secretario general de la ONU en un informe destinado a la Asamblea General titulado “La capacidad empresarial y la privatización como medios de promover el crecimiento económico y el desarrollo sostenible”. Entre las sociedades participantes en el Global Compact se encuentran British Petroleum, Nike, Shell, Nestlé, Rio Tinto y Novartis (A/52/428).

¹⁸ En dicho seminario se informó del equipo de trabajo experto consistente en cinco personas indígenas y un experto de la ONU cuyo reporte sería presentado a la WGIP en 2002.

¹⁹ *La Jornada*, 5 de marzo de 2005.

nidades afectadas. No parece clara la postura sobre la responsabilidad primaria de los Estados en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El interés de la ONU se ha mantenido,²⁰ inclusive el Relator Anaya afirmó:

La mayoría de los pueblos y comunidades indígenas no se oponen de por sí a las actividades de las empresas y al potencial beneficio de dichas actividades para su propio desarrollo económico y social. De hecho, la experiencia comparada demuestra que la actividad empresarial puede convertirse en un factor clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en la medida en que los propios pueblos indígenas pueden controlar dicha actividad en ejercicio de sus derechos de autonomía o de autogobierno.²¹

Es significativo observar que la ONU aparezca como mediadora “neutral” de una problemática grave que inevitablemente afecta a los pueblos indígenas y ante la cual se responde, más que con el reforzamiento de sus derechos, con la discusión de lineamientos, recomendaciones o llamados a la “buena voluntad” o “códigos de ética” de las transnacionales, cuyo único interés es el lucro.

LOS CAMINOS LEGALES DE LA PRIVATIZACIÓN

Los pueblos indígenas están en el centro de las políticas neoliberales dirigidas a la explotación de recursos naturales por su ubicación territorial en las zonas boscosas y en cerca de la mitad de la biodiversidad en el mundo, así como en los lugares donde hay reservas minerales (Martínez de Bringas, 2006). Las normas jurídicas relativas a pueblos indígenas no guardan una inserción coherente con el conjunto de las que se refieren al espacio nacional más amplio, más aún cuando éste también resulta determinado por orientaciones de los poderes transnacionales. ¿Cómo suponer en este contexto que se respetará

²⁰ Informe sobre el seminario internacional sobre las empresas de explotación de recursos naturales, los pueblos indígenas y los derechos humanos y el establecimiento de un marco de consultas, reparto de beneficios y resolución de controversias (Moscú, 3 y 4 de diciembre de 2008) (A/HRC/EMRIP/2009/5). Creación por la Comisión de Derechos Humanos del Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (Consejo Derechos Humanos ONU, Resolución 8/7).

²¹ En el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya analizó la responsabilidad que atañe a las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Cfr. Informe Relator Anaya, Numeral 31, 19 de julio de 2010.

el derecho al territorio indígena estando en el centro de los intereses del capital? Nuestro país no es ajeno a esta tendencia y en ella radica la razón última para la distorsión y manipulación que se ha hecho de la demanda indígena. Van algunos ejemplos que nos muestran el alcance de la contrarreforma indígena de 2001 y cierran la pinza ya no sólo contra la autonomía de los pueblos sino contra su existencia misma al sentar las bases para que sean privados de los derechos que les han sido reconocidos.

Ley de Biodiversidad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM)

Fue aprobada el 14 de diciembre de 2004 por la Cámara de Diputados. Dos meses después, el 15 de febrero de 2005, la Cámara de Senadores ratificó el proyecto.²² La Ley garantiza los intereses de los monopolios de la industria biotecnológica, de la que Monsanto es líder²³ y permite la distribución y liberación al ambiente de organismos transgénicos con probables y severos riesgos para la soberanía alimentaria, la salud humana y la biodiversidad. En materia indígena se declara dentro de los principios, en su artículo 9º, que “El Estado Mexicano cooperará en la esfera del intercambio de información e investigación sobre los efectos socioeconómicos de los OGM (Organismos Genéticamente Modificados) especialmente en las comunidades indígenas y locales”.

A Alejandro Nadal debemos el análisis de las implicaciones de esta ley:²⁴

- a) Ignora que la domesticación y diversificación de plantas es un proceso vivo, continuo y actual, y deja en estado de indefensión a los productores y comunidades que han sido los creadores de esta riqueza genética que ha hecho de México un centro de diversificación a nivel mundial.
- b) El artículo sobre zonas libres de OGM no establece la protección adecuada para los productores convencionales y orgánicos. A los primeros los ignora por completo, y a los segundos les impone un régimen de protección insuficiente y, además, muy difícil de alcanzar.

²² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 2005.

²³ Monsanto es una compañía transnacional. Es la mayor productora de semillas transgénicas en el mundo y contienen genes patentados, por lo que los agricultores que las utilizan deben pagar regalías a esa empresa.

²⁴ Alejandro Nadal, *La Jornada*, varios artículos, 14 de diciembre de 2004, 26 de enero de 2005, 11 de febrero de 2005 y 4 de mayo de 2005.

- c) La LBOGM establece la obligación de contar con un régimen de protección especial para los cultivos que tengan un centro de origen en México, y en especial para el caso del maíz. Pero ese régimen de protección especial no está definido en la LBOGM y su determinación se deja a una reglamentación secundaria.
- d) Se deja en estado de indefensión a la mayoría de los productores agrícolas mexicanos, que no podrán escoger si quieren o no OGM en sus cultivos. Uno de los problemas centrales en este capítulo es que la carga de la prueba la tienen precisamente los afectados, que deberán comprobar científicamente la inviabilidad de la coexistencia entre cultivos libres de OGM y los que sí incorporan esta tecnología. Los OGM pueden convivir con especies que no han sido genéticamente modificadas, contaminándolas y alterando su genoma. Finalmente, el procedimiento administrativo es muy complicado y está diseñado más para dificultar la designación de zonas libres que para protegerlas.

Ley Minera

El 28 de abril de 2005 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las reformas a esta ley. Con ellas se declara prácticamente abierto el territorio para la explotación minera: se coloca de manera indistinta a pueblos, comunidades indígenas, comunidades agrarias o ejidos para que en caso de que en sus tierras se realice una exploración y explotación tengan derecho preferente para otorgarles la concesión, además tienen el derecho a mejorar cualquier oferta siempre y cuando reúnan todos los requisitos técnicos y de solvencia económica.

Ley de Desarrollo Rural Sustentable

Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de diciembre de 2001, en ella encontramos que los sujetos de derecho son las dependencias públicas del gobierno federal al crear distritos que no se corresponden ni con la estructura municipal. La referencia a los pueblos es declarativa: “En regiones rurales con población indígena significativa, los distritos se delimitarán considerando esta composición, con la finalidad de proteger y respetar los usos, costumbres y formas específicas de organización social indígena”. Otra forma en la que los indígenas estuvieron presentes en la ley fue al ser citados dentro de los programas para grupos “vulnerables”.

Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas

Fue aprobada como proyecto en el Senado el 12 de diciembre de 2003. De antaño sabemos que los conocimientos tradicionales forman parte de la cultura de los pueblos indígenas y están íntimamente ligados a su cosmovisión, a su relación con la naturaleza y con la madre tierra. Con razón dicen algunos que siempre pedían permiso ritual a la madre tierra y ahora quieren que pidan para todo permiso a Semarnat,²⁵ siglas cuyo significado se ignora en la mayoría de los casos.²⁶ Así como se ha pretendido “codificar” el llamado derecho consuetudinario, ahora esta ley se abrogaría el derecho de crear un registro del llamado conocimiento tradicional, en el que tendrá intervención verificadora la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI).

Para tener un panorama de la visión que al respecto prevalece es útil comentar los proyectos que estuvieron en la mesa. Dentro de las iniciativas presentadas para regular el conocimiento tradicional existe una que con claridad expresa la conversión del sujeto de derecho en objeto de “conocimiento”. Así se pretende reformar el marco normativo del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) a fin de facultarlo y obligarlo a “recoger la información sobre el conocimiento colectivo vinculado a los recursos biológicos y a la medicina tradicional indígena”. Se supone que de esa manera el Estado apoyará a las comunidades indígenas “para convenir con terceros condiciones justas de intercambio y tener acceso a los beneficios que puedan derivar de su valioso legado”.²⁷

La iniciativa propone un Registro Nacional sobre el conocimiento colectivo vinculado a los recursos biológicos y a la medicina tradicional indígena y enuncia que garantizará que su uso sea con el consentimiento informado previo, señalando que los interesados en acceder a dichos conocimientos con fines científicos, comerciales e industriales deberán “solicitarlo” con anterioridad: algo así como “sacarles su firma en una

²⁵ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales del gobierno mexicano.

²⁶ La señora Erica Daes, relatora de la ONU sobre este tema ha preferido denominarlo patrimonio indígena, aclarando que el término incluye: todo lo que pertenece a la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como canciones, historias, conocimiento científico y obras de arte, el patrimonio histórico y natural, ya se trate de los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las cuales un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado (Reporte al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 1994).

²⁷ Proyecto de decreto presentado por la senadora del PAN, Luisa María Calderón, para reformar diversas disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial, 30 de abril de 2003.

carta” y sanciona como “infracciones administrativas” el no contar con dicho consentimiento. Otra perla legislativa se encuentra en la propuesta que hiciera el Partido Revolucionario Institucional (PRI) de Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas, la cual, muy acorde con la autonomía de papel que consignó en el artículo 2° constitucional, señala que: “el Estado no puede renunciar a su obligación de tutelar los derechos de los pueblos indígenas plasmados en el artículo 2° de la Constitución”.²⁸ Por ello prohíbe la biopiratería y crea el Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales y lo ubica dentro del órgano de política indigenista CDI, quien “registrará y expedirá *la titularidad* de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de la comunidad o pueblo indígena que solicite el registro” (artículo 7°).

Aborda el consentimiento previo para otorgar contratos de licencia para bioprospección (artículos 21 a 25). El texto se ubica en el terreno de la polémica internacional al señalar que no podrán ser materia de contrato de licencia los conocimientos “sagrados” de los pueblos, los de dominio público y los que no tengan registro. Indica que se destinarán los beneficios obtenidos con los contratos de licencia —No sólo definen su destino en proyectos de desarrollo sino que precisan los rubros— (artículo 28°). En concordancia con el sentido de este documento, el senador Francisco Fraile García, del PAN, presentó una iniciativa de ley.

En contraste, el Partido de la Revolución Democrática (PRD) presentó posteriormente una iniciativa para adicionar el marco de la autonomía con otra fracción al artículo 2° constitucional donde se prohíbe el registro de patentes sobre los recursos genéticos y biológicos asociados a los conocimientos de los pueblos indígenas y establece que son propiedad intelectual colectiva de los mismos. Esta iniciativa no tiene viabilidad política, pero jurídicamente pondría un candado de protección para los pueblos indígenas.²⁹ De hecho, la mencionada ley, cuyo proyecto aprobó el Senado, está en curso, por lo que aún se puede reactivar su debate.

Como antecedente tenemos la Cumbre de la Tierra desarrollada en Rio de Janeiro en 1992, en continuidad con el Encuentro de Estocolmo de 1972. Operó como un hito fundamental respecto a las políticas ecológicas y la forma en que éstas se relacionan con las poblaciones indígenas. Además de constituirse en un referente histórico sobre la problemática ambiental, en ella adquirieron popularidad conceptos como el de “desarrollo sustentable”, cuya formulación presupone la participación activa de las

²⁸ Exposición de motivos de la ley mencionada, *Gaceta Parlamentaria*, año VII, núm. 1437, 18 de febrero de 2004.

²⁹ Proyecto de decreto para adicionar con la fracción IV el artículo 2° constitucional, 15 de marzo de 2005.

poblaciones locales en los proyectos de desarrollo. Aun cuando los indígenas no fueron invitados formalmente al evento (organizándose junto con las ONG en un encuentro paralelo denominado KARI-OCA) la ECO92 instaló la problemática del reconocimiento de los derechos de las poblaciones nativas y sus conocimientos tradicionales en beneficio de un futuro sustentable para toda la humanidad:

El ejemplo más acabado de la ausencia de correspondencia entre demandas, reconocimiento e intereses, lo constituyen los conflictos que emergen dentro del campo de la biotecnología, terreno que merced a los recientes desarrollos de la genética se perfila para un futuro cercano como uno de los sectores más lucrativos de la economía y donde no casualmente parece desplegarse el interés internacional sobre el conocimiento tradicional. (Bayardo y Spadafora, 2004)

Sin duda, el tema del conocimiento tradicional se ha convertido en el centro para regular el acceso a los recursos naturales. Todos los estudios promovidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) coinciden en que las patentes, el derecho de autor y las marcas de fábrica o de comercio son categorías que no dan cabida al concepto de propiedad intelectual que entraña el conocimiento tradicional, mucho menos las cesiones concesiones y contratos de licencias (Toledo Llancaqueo, 2006). De hecho, la definición del convenio que establece la OMPI refiere a “la actividad intelectual en los terrenos industriales, científico, literario y artístico”.³⁰

En los diversos documentos que la OMPI ha producido, sin que ninguno hasta ahora se haya formalizado, hay elementos claros de innovación a este concepto, como el de que la propiedad intelectual de conocimientos tradicionales implique la administración colectiva de los mismos. Sin embargo, todas las propuestas abordan más elementos externos a los pueblos, como asesoría jurídica, técnica y en procesos de negociación, y poco refieren a las dinámicas internas que desataría un proceso de venta, renta o comercialización del conocimiento tradicional; inclusive se llega a afirmar que los titulares del conocimiento tradicional tienen más problemas “operativos que legales”, dando más peso a la capacitación y asesoría que al despojo de derechos que sufren.³¹ En los múltiples informes de la OMPI predomina la tendencia a encajonar a los pueblos indígenas en conceptos reduccionistas como el de “expresiones del folclore”.³² Al respecto utilizan una distinción señalando que los conocimientos indígenas son

³⁰ Convenio que establece la OMPI, 1967, artículo 2º, apartado VIII.

³¹ Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), Ginebra, abril de 2001, p. 8.

³² En el sentido que se utiliza en las disposiciones UNESCO-OMPI de 1982.

tradicionales pero no todos los tradicionales son indígenas. Esta diferenciación representa más bien un juego de palabras, pues los recursos naturales sobre los cuales existe la disputa del conocimiento tradicional “están ubicados en su gran mayoría en territorios indígenas”, lo que nos habla de que la relación con la naturaleza que mantienen esos pueblos ha sido capaz de preservarlos. En la integridad cosmogónica del “conocimiento tradicional” está la clave, no en su disgregación técnica, científica u operativa.³³ Es curioso cómo se elude en la OMPI la referencia al pueblo indígena y se le sustituye por patrimonio como el concepto más comprensivo de los conocimientos tradicionales, indígenas y no y de las expresiones del folclore. En síntesis, es un avance que exista interés de un organismo internacional en la regulación del conocimiento tradicional, pero en materia indígena mientras no se considere a los pueblos indígenas y su autonomía y libre determinación como punto de partida sólo se producirán parches conceptuales que colocan la definición en el terreno de las normas internacionales ya existentes, las cuales, la propia OMPI reconoce que no dan cabida a conceptos como el de “cosmogonía”, que resulta clave en la relación con la naturaleza, también hablan poco de la contradicción con el concepto de libre mercado desde la óptica indígena.³⁴ De esta disociación derivan los problemas que se han detectado para regular el conocimiento tradicional. Urge darle vuelta epistemológica al acercamiento al tema, pues se percibe un claro liderazgo de la OMPI frente a otras agencias de la ONU pero con la brújula mal orientada.

Ley Federal de Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos

El Senado la aprobó el 27 de abril de 2005 y aún está en dictamen en la Cámara de Diputados. En este proyecto nuevamente tenemos a la contraautonomía en acción.

³³ Estas referencias se encuentran en la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas: Declaración DE KARI-OCA en el contexto de la Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro en mayo de 1992. La Declaración de Mataatua, Aotearoa, en Nueva Zelanda, en junio de 1993; la Declaración de Santa Cruz de la Sierra de la I Reunión Regional sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, desarrollada en Bolivia en septiembre de 1994. La Declaración de los Pueblos Indígenas del Hemisferio Occidental en relación con el Proyecto de Diversidad del Genoma Humano acordada en Phoenix, Arizona, en 1995; la Declaración de Ukupseni, derivada del Encuentro-Taller Indígena sobre el Proyecto de la Diversidad del Genoma Humano, llevada a cabo en Kuna Yala, Panamá, en noviembre de 1997.

³⁴ Para los Estados el eje está en la economía, en la promoción de la eficiencia en el mercado, para los pueblos indígenas la naturaleza está integrada por seres vivos y seres sagrados, tratándose por tanto de una cosmovisión en la que el concepto de mercancía no entra.

Veamos: un requisito para el acceso a los recursos genéticos es el consentimiento previo, expreso e informado, otorgado por el Estado y, en su caso, los propietarios, ejidos, comunidades y pueblos indígenas en los que se distribuye la biodiversidad, si bien se anota que dicho consentimiento será reglamentado y deberá concordar con la Ley Agraria y el Convenio 169 de la OIT, respectivamente. Se adelanta el “candado” de que la Secretaría deberá ratificar dicho consentimiento previo, expreso e informado. ¿Quién consiente?, ¿quién es el titular de derechos?, ¿la autonomía concedida a los pueblos supuestamente en la contrarreforma indígena de 2001 es para que la ejerza el Estado en su representación? ¿otra vez la tutela?, nos preguntamos. Además se establece que se deberá cubrir el pago de los derechos correspondientes. Por otra parte, en paralelo a esta disposición, hay un proyecto de ley de consulta también aprobado por el Senado que señala que ésta se realizará mediante entrevistas, encuestas y foros. ¿Cuál respeto al Convenio 169 de la OIT que señala que se hará a través de las formas específicas de organización propias de los pueblos indígenas? Pues esta caricatura de la consulta está dibujada en el proyecto de ley, en concordancia con ello acá se le reduce a un “formato”, indicando que “el formato mediante el cual se otorga el consentimiento previo, expreso e informado será publicado por la Secretaría en el *Diario Oficial de la Federación*”. No sólo eso, la consulta no vale si no es ratificada por el Estado, así es como se traduce la pretendida autonomía de los pueblos.

Por último tenemos la Ley General de Vida Silvestre, proyecto de reforma aprobado en el Senado el 28 de abril de 2005, en el cual tampoco faltan las expresiones referidas a los pueblos y su consiguiente asistencia técnica reafirmando su convicción de que los pueblos sobre la naturaleza saben poco. Ese es el espíritu de la ley similar a los otros proyectos ya comentados.

El rol del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB)

Este instrumento internacional es usado como el paraguas que en nombre de la diversidad y sustentabilidad ha introducido una postura conservacionista y proclive al fomento del capital, antes que una que combine el factor cultural y social con el ambiental.³⁵ En contraposición surgió el socioambientalismo, basado en el presupuesto de que las políticas públicas ambientales sólo tendrían eficacia social y sustentabilidad política si incluían a las comunidades locales y promovían un reparto socialmente justo y equitativo de los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales. Con esto,

³⁵ Adoptado en junio de 1992, en el marco de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Ecología y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

como afirman Manuela Carneiro de Cunha y Mauro de Almeida (Santini, 2005), nació un nuevo paradigma que asociaba pueblos indígenas y tradicionales, ambiente y recursos naturales y desarrollo, ahora de manera positiva. En vez de “pobres” genéricos, los pueblos tradicionales e indígenas emergieron en el discurso público como partes legítimamente interesadas en las políticas de desarrollo y de conservación; como actores colectivos e individuales dotados de conocimientos importantes sobre el ambiente natural o sobre medios de utilizarlos o bien como detentores de instituciones que habían funcionado en el pasado (Santini, 2005: 34).

En síntesis, el socioambientalismo pasó a representar una alternativa al conservacionismo-preservacionismo o movimiento ambientalista tradicional, pero distante de los movimientos sociales y de las luchas políticas por justicia social y por el involucramiento de las poblaciones tradicionales en la conservación de la biodiversidad. Para una parte del movimiento ambientalista tradicional preservacionista, los pobres, de manera general, son una amenaza a la conservación ambiental y las unidades de conservación deben ser protegidas permanentemente de esa amenaza. Este movimiento tiende a reproducir el modelo de países del primer mundo (Santini, 2005: 40).

De acuerdo con el artículo 1º del Convenio sobre Sociedad Biológica (CDB), sus objetivos son la conservación y uso sostenible de la biodiversidad, así como el reparto equitativo de los beneficios derivados de la explotación de los recursos biogenéticos. En su preámbulo, el convenio reconoce “la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos”, pero esta mención no aparece como norma que proteja sus derechos en el cuerpo mismo de documento.³⁶ La disposición relativa al conocimiento tradicional y los derechos indígenas se encuentra en el artículo 8j que textualmente dice:

CONSERVACIÓN *IN SITU*.

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

- j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales

³⁶ Según el CDB por recursos biológicos se entienden los organismos o partes de ellos, las poblaciones o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad. Y “recursos genéticos” sería el material genético de valor real o potencial.

que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.³⁷

Dada la serie de evidentes candados del inciso j “en la medida de lo posible”, “con arreglo a su legislación nacional”, “respetará” antes que reconocerá el derecho etcétera, y tomando en cuenta la vigencia previa del único instrumento internacional en ese momento, relativo a pueblos indígenas como es el Convenio 169 busqué una opinión experta para abordar la relación del CDB y el Convenio 169. En entrevista, René Kuppe puntualiza:

Las contradicciones son mucho más profundas de lo que uno cree a primera vista. Partiendo del aspecto formal, el Convenio 169 no se refiere por sí mismo, a los conocimientos tradicionales, mientras el CDB hace una clara referencia en su artículo 8j. Sin embargo, el Convenio 169 incluye varias normas que permiten la construcción de una protección integral de la cosmovisión y la vida intelectual de los pueblos indígenas (de las cuales los conocimientos son un aspecto importante). El Convenio 169, además, protege la RELACIÓN entre las esferas intelectuales de las culturas indígenas y su base territorial como sociedades humanas. Otro aspecto importante del Convenio es la filosofía con que asume que son en primer lugar estas sociedades quienes pueden controlar sus cosmovisiones y otras partes de sus culturas. Este control tiene su fundamento en los derechos colectivos que corresponden a estos grupos como pueblos. Su carácter como pueblos no tiene una connotación para el derecho internacional, pero se reconoce en cierto sentido un título exclusivo sobre el patrimonio cultural de estas sociedades. Tal vez, este control de los pueblos indígenas, que les corresponde sobre sus propias culturas, suena muy plausible, pero no es sobreentendido, si leemos con cuidado el artículo 8j del CDB. En estas normas del artículo 8j se manifiesta ya toda la filosofía del cambio paradigmático del derecho ambiental de los años noventa. El nuevo paradigma neoliberal no quiso proteger al ambiente como tal, sino someterlo a una lógica por la cual se daría un valor mercantil a los recursos del sistema [global] de comercio capitalista. Con otras palabras, la nueva filosofía fue: Hay que privatizar la naturaleza, y darle un precio, así no va a destruirse, porque la destrucción será cara. Así, el convenio se basa en los tres objetivos de preservar los recursos, de someterlos a una utilización sostenible y de realizar una participación justa en los beneficios que se deriven de esta utilización. Ahora bien, en el 8j encontramos nada más que la extensión

³⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 1993. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

de estos tres pilares al tema de los conocimientos indígenas. Hay que conservarlos, hay que promover su aplicación. El CDB es más bien ambiguo sobre la manera como se llega a esta [aplicación amplia] de los conocimientos indígenas, porque es tarea de los Estados incluso PROMOVER ésta. (17 de abril de 2002)

Acorde con lo anotado por Kuppe, observamos en las leyes y proyectos arriba referidos las evidencias de la aplicación del CDB con arreglo a la legislación nacional, donde se traza una línea de privatización de la naturaleza y con ello del hábitat de los pueblos indígenas, que marca una continuidad con la contrarreforma del artículo 27 constitucional.

PERSPECTIVA

En cuanto a las circunstancias políticas indispensables para lograr sustentar constitucional y legalmente la viabilidad de los pueblos indígenas, se requiere un golpe de timón en la hegemonía neoliberal, algo que no aparece en el corto plazo. La fuerte oleada privatizadora sólo podrá detenerse con una fuerza social mayor a la que hasta ahora se ha expresado y cuya organización es compleja. Por lo pronto, podemos constatar que en el terreno del pensamiento hay múltiples propuestas y elaboraciones que rompen con el mito de que no se quiere el progreso o se rechaza la preservación del medio ambiente por sí misma. Los pueblos, sin embargo, enfrentan puntualmente cada una de las amenazas a sus territorios y para ello recurren a los espacios jurídicos, crecientemente en el plano interamericano, pero no se confían y acuden a la movilización, con el consiguiente resultado de que su protesta es criminalizada.³⁸

A mi juicio, la desnaturalización de los antiguos Estados nacionales³⁹ y el avance de normativas sobre privatización de recursos naturales hacen inviables las reformas en materia indígena. Es una paradoja, al igual que en el siglo XIX, hoy los pueblos indígenas caminan por una vía y los Estados en sentido contrario. Los Estados se han vuelto inmunes a las normas relativas a derechos de los pueblos indígenas, sobre todo cuando no hay efectos vinculatorios. Es el caso de la aprobación la Declaración sobre

³⁸ Tendencia que consiste en ubicar acusaciones penales a los líderes de los movimientos sociales anulando su derecho a la protesta social.

³⁹ Cuando hablo de desnaturalización me refiero al impacto de las políticas neoliberales en el ámbito interno, a las cuales se han subordinado los Estados abandonando sus responsabilidades constitucionales en relación con la defensa de la soberanía.

los Derechos de los Pueblos Indígenas por la ONU⁴⁰ cuyo texto proviene de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que se reunió en Ginebra a partir de 1982 y congregó a buena parte de los líderes que desde entonces estaban involucrados en los movimientos por el reconocimiento de sus derechos. Durante más de dos décadas transcurrió el proceso de reconocimientos constitucionales en algunos países, con altibajos en la dimensión y alcance de sus textos. También en 1990 inició la vigencia del Convenio 169 de la OIT que con carácter vinculatorio establecía una serie de derechos que en algunos casos sobrepasaban los que internamente se habían consignado, pero todos ellos estaban por debajo del alcance de lo que se estaba planteando en el Proyecto de Declaración ahora aprobado. Es de anotarse la continuidad en la postura de los Estados al ver en los pueblos indígenas y su libre determinación el fantasma de la balcanización. Una de las enmiendas al texto de la Declaración aprobada consistió en introducir la limitante en el artículo 46 respecto a que ninguna parte del contenido de ese documento permitiría afectación de la integridad territorial de los Estados. Lo mismo sucedió en relación con el concepto de “pueblos” en el Convenio 169 de la OIT. Al revisar las memorias de sus debates encontramos a gobiernos calificándolo de “perjudicial” para la soberanía de los Estados, a otros diciendo que podía conducir a la “desintegración” o afectar “la unidad nacional”. Fue condición tajante de los Estados para aprobarlo especificar que el concepto de “pueblos” no tendría implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. Y eso que en este convenio no se formuló el derecho a la libre determinación.

Está por verse el trasfondo de la decisión ampliamente mayoritaria, casi unánime de los Estados, de aprobar la declaración, si bien con enmiendas de último momento. Que es un acto de justicia tardía no hay duda. Lo importante es que la declaración ya está aprobada y contiene el reconocimiento de derechos fundamentales que no cubría el Convenio 169 en el plano internacional, como lo es la libre determinación y la autonomía, el consentimiento previo, libre e informado en lugar de la mera consulta, los derechos territoriales, los de propiedad intelectual, etcétera. Sin embargo, la aprobación de la declaración se logra cuando están presentes los signos de crisis y agotamiento de la política de reconocimiento por la falta de justiciabilidad⁴¹ de las normas indígenas hasta ahora vigentes. Se ha cerrado una etapa y se inicia la que tiene que ver con las posibilidades de impacto y aplicación de un instrumento jurídico que siendo parte del derecho internacional no es vinculante en el orden interno de México.

⁴⁰ 61ª Asamblea de la ONU, 13 de septiembre de 2007.

⁴¹ Garantías del Estado para el ejercicio de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas cuentan ahora con dos instrumentos internacionales con naturaleza y contenidos diferentes y con ellos y sus normativas nacionales habrán de definir sus estrategias. Para hacerlo deberán ampliar la mira y reconocer que las normas indígenas coexisten con otras tanto nacionales como internacionales que no caminan en su lógica. Me refiero a la legislación relativa a privatización de recursos naturales que hemos apuntado en este capítulo. Tarea compleja, pero la gravedad de la situación de estos pueblos no permite posturas formalistas, así que no basta con atenerse a la letra del texto aprobado con todo y su carácter emblemático. Coincido con lo anotado por Brisna Caxaj (2008) siguiendo la noción del “indio permitido” en torno a “los derechos permitidos”, los relacionados con algunos de los derechos culturales, lengua, educación intercultural bilingüe, acceso al traductor en procesos penales, en contraste con los “derechos no permitidos”, donde se ubican principalmente los económicos y colectivos. En efecto, la situación actual de las reivindicaciones de pueblos indígenas por la justiciabilidad de sus derechos nos indica que tratándose de los recursos naturales o de la decisión sobre la implantación o no de los proyectos mineros o construcción de hidroeléctricas, antes que respetarse el consentimiento previo, libre e informado o el elemental derecho a la consulta, se les criminaliza. Y concluyo con la situación lamentable de que se reconocen derechos a los pueblos, siempre y cuando no los ejerzan.

BIBLIOGRAFÍA

ASSIES WILHEM, GEMMA VAN DER HAAR Y ANDRÉ HOECKEMA (eds.)

1999 *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán.

BERRAONDO LÓPEZ, MIKEL

2006 “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 469-487

BAYARDO, RUBENS Y ANA MARÍA SPADAFORA

2004 “Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 7-8, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc.

CAXAJ BRISNA

2008 “Incongruencias discursivas y simbólicas. Derechos de los pueblos indígenas”, Equipo de Relaciones Étnicas, Área de Imaginarios Sociales, Guatemala, Avancso, Columna de Opinión, 22 agosto 2008

CLAVERO, BARTOLOMÉ

1994 *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*, México, Siglo XXI.

GÓMEZ, MAGDALENA

- 1995 *Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, Instituto Nacional Indigenista
- 1997 “Derecho indígena y constitucionalidad: el caso mexicano”, en Magdalena Gómez (coord.), *Derecho indígena*, México, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas (AMNU) e Instituto Nacional Indigenista (INI), pp. 273-303.
- 2005 “Pending Constitutionality: An Analysis of the Mexican Legal Reform Process Concerning Indigenous Peoples”, en Rene Kuppe y Richard Potz (Eds.), *Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, vol. 12, pp. 175-195.
- 2006 “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 133-151.

LOEWENSTEIN, KARL

- 1965 *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

MARES, CARLOS FEDERICO

- 1997 “Los indios y sus derechos invisibles”, en Magdalena Gómez (Coord.), *Derecho indígena*, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas-Instituto Nacional Indigenista, México, pp. 142-180.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, ASIER

- 2006 “Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad”, en Mikel Berraondo (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 85-105.

SANTINI, JULIANA

- 2005 *Socioambientalismo y nuevos derechos. Protección jurídica y diversidad biológica y cultural*, Rio de Janeiro, Brasil, Instituto Internacional de Educación en Brasil-Instituto Socioambiental.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA

- 2002 *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

TOLEDO LLANCAQUEO, VÍCTOR

- 2006 “El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 509-536.