

Un largo camino hacia el reconocimiento de derechos indígenas

Juan Manuel Harguindeguy

Dirigido por: Profesor Tomás de Montagut Estragues
Master Avanzado en Ciencias Jurídicas, Universitat Pompeu Fabra
Barcelona, septiembre de 2010

Índice General

Introducción.....	4
I. Política hacia el indio en la etapa colonial.....	5
I.1 La llegada de Colón	
I.2 Las Indias: Res nullius. Las Bulas Papales	
I.3 El sermón de Montesinos. Inicio del debate	
I.4 La libertad. La encomienda	
I.5 Civilización y protección. La reducción	
II. Política hacia el indio en la etapa republicana.....	11
II.1 Los nuevos Estados. Políticas de exterminio y de asimilación. Marginación política y social de los indios.	
III. El indígena en la actualidad.....	16
III.1 ¿Qué es un indígena?	
III.2 Condiciones socioeconómicas de los indígenas	
III.3 El movimiento indigenista: actividad política y sus demandas	
IV. Reconocimientos legales.....	23
IV.1 Reformas Constitucionales	
IV.2 Reconocimientos legales internacionales	
A) Convenio 169 OIT (1989)	
B) Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	
C) Foro Permanente para Cuestiones Indígenas	
V. Casos de aplicación del Convenio 169 (OIT)	36
V.1 Colombia 1: El caso del pueblo U´wa	
V.2 Colombia 2: Ley General Forestal	
V.3 Bolivia: Ley de Hidrocarburos	
V.4 Ecuador: Pueblo Shuar vs. Compañía Arco Oriente Inc.	
V.5 Argentina: Comunidad indígena Hoktek T´Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable	
Conclusión.....	44

Abreviaturas y siglas empleadas

Art., arts.: artículo, artículos

CAOI: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas

CELADE: Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía

CICA: Consejo Indígena de Centro América

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

COCOPA: Comisión de Concordia y Pacificación

COICA: Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica

CNI: Congreso Nacional Indígena

CONAIE: Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

EZLN: Ejército Zapatista de Liberación Nacional

FIMI: Foro Internacional de Mujeres Indígenas

OEA: Organización de Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONGs: Organizaciones No Gubernamentales

ONIC: Organización Nacional Indígena de Colombia

ONU: Organización de Naciones Unidas

Oxy: Occidental Petroleum

PIA: Parlamento Indígena de América

RCI: Red de Comunicación Indígena. Argentina

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

UNCA: Unión Nacional de Comunidades Aymaras

Introducción

El 12 de octubre de 1992 se cumplían 500 años de la llegada de Cristóbal Colón a América. Pero lo que suponía ser una celebración en toda Hispanoamérica se convirtió en la oportunidad perfecta para que millones de personas a lo largo y ancho del continente hicieran oír sus reclamos. Se autodenominaban indígenas y para sorpresa de muchos aún formaban parte de la realidad latinoamericana. El alzamiento zapatista del 1 de enero de 1994 en la región mexicana de Chiapas, hoy icónica para el movimiento indigenista, terminó por confirmar a la comunidad internacional que algunos se habían organizado y estaban dispuestos a luchar por su supervivencia como pueblo.

El problema indígena volvía así instalarse en el debate político de la región planteando desafíos importantes. Un debate que había permanecido ausente a pesar que existen entre 40 y 50 millones de indígenas en América Latina pertenecientes a numerosas etnias distribuidos en los distintos estados nacionales viviendo en su mayoría en la extrema pobreza.

Para entender esta situación de marginalidad política y social hay que remontarse a la misma llegada de Colón. Claro que es imposible resumir 518 años de historia hispanoamericana en estas páginas porque sería excesivamente ambicioso y materialmente imposible. Pero si entiendo necesario hacer una breve referencia a las instituciones jurídicas más relevantes relacionadas con la política hacia el *indio* implementada durante la etapa colonial y en la era republicana por el poder dominante.

Los elementos históricos, los últimos acontecimientos y la situación actual de los indígenas nos ayudarán a comprender mejor los motivos fundacionales del indigenismo, su actividad política y las demandas más importantes de los pueblos indígenas para lograr su supervivencia como tal.

Finalmente abordaré las conquistas legales obtenidas, tanto nacionales como internacionales, que permiten como nunca antes, judicializar conflictos a distintos niveles; y con la ayuda de algunos casos intentaré identificar los principales obstáculos que tienen los pueblos indígenas para lograr la verdadera aplicación de sus derechos.

I. Política hacia el indio en la etapa colonial

I.1 La llegada de Colón

La llegada de Cristóbal Colón a América el 12 de octubre de 1492 cambiaría definitivamente la historia para millones de personas que habitaban el continente.

“...San Salvador... Santa María de Concepción... Fernandina... A la cuarta la Isabela. A la quinta la Isla Juana, e así a cada una nombre nuevo... La gente destas isla andan todos desnudos... No tienen otras armas... Se faran cristianos, que se inclinan al amor y servicio de sus altezas y de toda la nación castellana ... Y no conocían ninguna secta ni idolatría, salvo que todos creen que las fuerzas y el bien es el cielo; y creían muy firme que yo con estos navíos y gente venía del cielo... No he podido entender si tienen bienes propios, que me pareció ver que aquello que uno tenía todos hacían parte...”¹

Estos son algunos fragmentos de la carta que envía Colón para notificar su llegada a lo que él creía eran las Indias, y más concretamente la provincia de Catayo (China). En ella se observa que va dando nuevo nombre a cada una de las islas tomando posesión de las tierras en nombre de los Reyes Católicos y las primeras impresiones que tiene del encuentro de dos mundos totalmente diferentes. A partir de ese momento se generó la necesidad de dar respuestas jurídicas a nuevas realidades de naturaleza económica, social y política – religiosa que impactarían directamente en la que aquí más interesa que es la relativa a la situación jurídica de los indígenas.

I.2 Las Indias: Res nullius. Las Bulas Papales

Para tomar posesión del nuevo mundo Las Indias fueron consideradas Res nullius a pesar de estar habitadas. Y para que ningún otro pueblo cristiano se asentara en ellas los Reyes tuvieron que encontrar la manera de justificar la conquista y para ello recurrieron al denominado Título Pontificio. Es decir, solicitaron al entonces Papa Alejandro VI a que expidiera bulas, que eran el instrumento jurídico que ya había sido utilizado para legalizar algunas conquistas anteriores.

Los Papas, en aquellos tiempos, tenían la máxima autoridad temporal y espiritual, una potestad política adquirida a través del documento medieval

¹ MORALES PADRON, Francisco. “*Teoría y leyes de la Conquista*”. p.p. 149-154

escrito conocido como “donación de Constantino” que les otorgaba el *dominus orbi* y en tal condición, el 3 de mayo de 1493 el Papa Alejandro VI, a requerimiento de los Reyes Católicos expidió la primera bula *Inter Coétera* que donaba a los Monarcas de Castilla y León las islas y tierras descubiertas y por descubrir, que disten a cien leguas hacia occidente y el mediodía de las islas que se llaman vulgarmente Azores y Cabo Verde. Otras 4 bulas de ese mismo año completarían el contenido y alcance de ese título: la segunda *Inter Coétera*, (4 de mayo), *Eximiae deuotionis, Piis fidelium* (25 de junio) y *Dudum siquidem* (23 de septiembre).

Los Reyes Católicos entregaron a Cristóbal Colón una copia de la primera bula para el caso que fuera requerido por otra potencia cristiana pero las disputas territoriales entre las mismas potencias europeas no tardaron en aparecer. Pueblos como los ingleses y franceses no respetaron estas bulas y Portugal, que no estaba expresamente excluido de las mismas, consiguió legalizar su participación en la conquista de América a través del Tratado de Tordesillas de 1494.

Estos actos jurídicos papales, que intentan resolver una cuestión política naturalmente producen sus efectos en la nueva situación jurídica del indio. Los propios Reyes habían expuesto al Papa que los indígenas eran infieles a los que se esperaba convertir fácilmente y la infidelidad por si misma privaba de personalidad jurídica a estos pueblos y en consecuencia los Reyes los podían someter a su poder². Teniendo presente que el descubrimiento de América se produce en una Europa todavía medieval, que conocía como infieles a judíos y moros y a la que le costaba imaginarse otros, es fácil deducir la innegable connotación peyorativa que el término infiel tenía en ese tiempo y las consecuencias que el concepto podría generar.

Los primeros años de la conquista transcurrieron con pocas críticas. Para destacar la que despierta el segundo viaje de Colón cuando a su vuelta la Corona autoriza la venta de un cargamento de indígenas aunque al día siguiente la propia Corona ordenó que el dinero fuera retenido. Había poca presencia de población hispana en América y casi nula de mujeres lo que propiciaba que se empezaran a ver los primeros mestizajes. Se crearon obispados a cargo de la evangelización y la Casa de Contratación de Sevilla (1503) para fomentar y regular el comercio y la navegación con el Nuevo Mundo. Pero lo más importante, el propio Colón (1499) implantó el régimen de encomienda que consistía en repartir entre los

² GARCIA GALLO, Alfonso “*Los orígenes españoles de las instituciones americana. Estudios de Derecho Indiano*”, p. 496

españoles a indígenas a quienes se obligaba a prestar un servicio o trabajo personal.³

I.3 El sermón de Montesinos. Inicio del debate

El debate de la condición del indio y su situación jurídica se instaló con el sermón que en 1511 pronunció en Santo Domingo el Fray Antonio de Montesinos y que conocemos a través de Bartolomé de las Casas. Hay que destacar que, si bien no existe pleno acuerdo sobre el número de indígenas que había en América a la llegada de Colón, para comprender el impacto causado, se calcula, dependiendo del área geográfica que se trate, que entre un 50% y un 90% de la población originaria murió por distintas causas durante el primer siglo de conquista española⁴ de las 100 millones de personas que se estima había antes de la destrucción.⁵ De allí la importancia de la discusión iniciada con el sermón de Montesinos. Sin ella la suerte de los indígenas probablemente hubiera quedado enteramente en manos de los conquistadores que probablemente los hubieran exterminado, tal como ocurrió en otros lugares de América.

El sermón denunciaba los abusos a los que los indígenas estaban siendo sometidos pronunciándose en contra de la encomienda y de la esclavitud y planteando dos cuestiones importantes.

En primer lugar, un problema jurídico y político que se conoció como la querrela de los justos títulos. Es decir, ¿Con qué derecho los españoles habían conquistado y seguían conquistando las Indias? Para responderlo la Corona invocó las bulas alejandrinas que serían luego cuestionadas en los pleitos conocidos como los justos títulos, que se inician con las pretensiones hereditarias de Diego Colón, hijo del Almirante, en 1511 y que continuarían a lo largo de casi medio siglo. Y por otro lado, un problema económico y moral, que es el problema de la esclavitud, el trabajo forzoso y las encomiendas.⁶ Es decir, ¿Cómo convenía tratar a los indios?

Estas dos cuestiones guardan una inmensa relación. ¿Eran los indios seres racionales o una especie de seres intermedios de personas y bestias? ¿Con qué

³ MORALES PADRON, Francisco “*Teoría y leyes de la conquista*”, p. 306

⁴ RODRIGUEZ GARAVITO, César / ARENA, Luis Arena, “The struggle of the U’wa people in Colombia” en DE SOUSA SANTOS, Boaventura / RODRIGUEZ GARAVITO, César en *Law and Globalization from below*, p. 241

⁵ QUIJANO, Anibal “*Don Quijote y los molinos de viento en América Latina*” p. 6

⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago “*Los grandes procesos de la historia de España*”, p. 135

derechos se les podía hacer la guerra justa y como debía ser la evangelización, pacífica o por la fuerza? Las respuestas a estos interrogantes servirá para responder otros. ¿Se les puede privar de sus tierras, obligar a pagar tributos o esclavizar?⁷

¿Qué hacer con los *indios*? Nació así el problema indígena que si bien fue variando en función de los lugares, de las diferencias étnicas, de la cantidad que hubiera y del grado de voluntad que tuvieran para aceptar las leyes de la conquista, entre otros factores tuvo un elemento común. Este es que las respuestas jurídicas a esa pregunta, es decir las fuentes de este derecho indiano al que en sentido amplio podría definirse como el conjunto de normas jurídicas vigente en América durante la dominación española, fueron normas especialmente dictadas en la Península o en las propias Indias sin participación del colectivo damnificado. Se respetaron únicamente las costumbres de los indígenas que no fueran *contra legem* o contra la religión pero siempre aplicándose supletoriamente el Derecho Castellano para así poder consolidar el poder político de la Corona, obtener la mayor cantidad de recursos económicos posibles y llevar adelante un proceso de aculturación de los indígenas que aceptaran el nuevo orden. Y para los que no lo hicieran, la suerte estaba echada.

I.4 La libertad. La encomienda

Con el sermón de Montesinos se inició entonces el debate acerca de la libertad de los indígenas que como resultado inicial tendría la sanción de las Leyes de Burgos (1512) que buscaban constituir un límite legal a los abusos. Las leyes de Burgos, que si bien consagraron entre otros el derecho al descanso de 40 días después de trabajar 5 meses o la prohibición de hacer trabajar a las mujeres embarazadas, sirvieron para legalizar una situación de hecho regulando el trabajo forzado de los indios en encomiendas entregados en Repartimientos.

Para completar el cuadro, en 1514 el Rey Fernando consagró el Requerimiento, un documento que no sólo trata la donación papal como válida sino que además constituye un formalismo que pretendía justificar los derechos de la guerra justa y la presencia hispánica. Con estas leyes, el indio era requerido en castellano, muchas veces mientras huía, a que se haga cristiano y a aceptar la soberanía hispana. Si la aceptaba era luego sometido a la encomienda siendo teóricamente

⁷ MORALES PADRON, Francisco “*Teoría y leyes de la conquista*”, p. 305

un súbdito libre de la Corona pero al mismo tiempo obligado a trabajar sin ser legalmente esclavo.

A los encomenderos, por su parte se les solicitó que facilitasen la tarea de evangelizar permitiéndoles además desarrollar los territorios conquistados utilizando la mano de obra indígena.

Todo ello coincide en tiempo con el inicio de la expansión española en América que se presenta con nuevas y diferentes realidades, y son ambas instituciones, relacionadas a la cuestión de los justos títulos, las que constituyen el eje de los debates jurídicos, filosóficos y religiosos de la época, pudiéndose citar la controversia de Las Casas con Ginés de Sepúlveda en Valladolid (1551) como el más representativo del ambiente político que se vivía.

La importancia económica que tuvo la encomienda es indudable. Especialmente si se observa la rebelión de los encomenderos del Perú encabezada por Gonzalo Pizarro que culmina con la ejecución del primer virrey del Perú Blasco Nuñez de Vela (1546) que pretendía hacer cumplir las disposiciones de las Leyes Nuevas (1542) que en sus arts. 26 a 32 suprimían las encomiendas hereditarias y ordenaba que los indios que estuvieran sometidos a encomiendas pasaran a estar bajo la administración de la Corona. Pero además, la encomienda cumplió un papel fundamental en el proceso de aculturación. Los mestizos no podían ser encomendados con lo cual muchos indígenas buscaban deliberadamente diluir su identidad étnica y la de sus descendientes para librarse de ella.

Las Leyes Nuevas serían revisadas, derogadas en parte y difícil de aplicar a pesar de las amplias facultades dadas a las Audiencias para controlar y ordenar la vida indígena y por ello la encomienda siguió ofreciendo el aspecto de una institución esclavista que recién sería totalmente abolida en 1791.⁸

I.5 Civilización y protección. La reducción

Los polémicos debates del s. XVI y los abusos de los encomenderos hicieron cambiar la política hacia el *indio*. Se siguió rechazando las costumbres contra legem de la cultura castellana y de la religión católica pero se concedieron algunos privilegios a la población indígena que tienen relación con el carácter de

⁸ MORALES PADRON, Francisco “*Teoría y leyes de la conquista*”, p. 329-468

menor, de incapaz y de miserable que se aplica al indio. Aparece una figura jurídica relevante en este período que es el de la reducción.

Esta política se inicia en 1550/1560 para Nueva España y a partir de 1570 se implementa en Perú. Tuvo mucho desarrollo en regiones de la actual Argentina y Paraguay en 1700 especialmente con *indios* guaraníes y se mantendría durante todo el dominio hispano. Consistió en el traslado forzoso de indígenas, muchas veces de distintas etnias, para reducirlos o agruparlos en pueblos. Estas reducciones se organizaron según los moldes castellanos y los indígenas que allí vivieron trabajaron en haciendas o chacras, minas o en el servicio personal. En cada reducción había una iglesia que sirvió para adoctrinar a los indígenas en la religión católica y cuyo mantenimiento estaba a cargo de los indios a través de tributos.

Aquí se observa el objetivo político social de cristianizar y castellanizar a los indios especialmente por la creación de colegios utilizados para educar a los hijos de los caciques y poder así aprovechar el respeto que a estos tenían el resto de la población indígena, más aún cuando alguno de ellos ejercían de gobernadores en algunas zonas y participaban a pesar de estar prohibido en las actividades del cabildo.⁹

Observando particularmente las reducciones guaraníes, estos se vieron obligados a abandonar su religión indígena, muchas de sus costumbres sociales y a someterse a la tutela jesuítica que restringieron sus libertades y los aislaron totalmente de la sociedad colonial. Una vez que se entraba a la reducción era muy difícil salir de ella ya que el horario del día era estricto y uniforme. Pero al margen de estas críticas, es verdad que las reducciones significaron un freno a los encomenderos y a los esclavistas portugueses. A través de las reducciones se conservó el idioma guaraní a pesar de la real cédula del 3 de julio de 1596 que exigía el uso exclusivo del español en la provincia del Río de la Plata y por ello el guaraní es lengua oficial en la Provincia Argentina de Corrientes y en República del Paraguay, país donde es conocida por el 90% de su población y el 27% es monolingüe en esa lengua.

No se trataba naturalmente de una situación ideal ni elegida por los indígenas, pero como la alternativa era aún más gravosa, los guaraníes lucharon y murieron por la conservación de las reducciones que desaparecieron con la expulsión de

⁹ GALLEGO, José Andrés (coord.) SANCHEZ BELLA, Ismael / DE LA HERA, Antonio / DÍAZ REMENTERÍA, Carlos “*Historia del Derecho Indiano*”, p. 62

los jesuitas en 1767–1768 fecha en la que empezó la disolución progresiva de la sociedad misional. Y como los jesuitas no supieron abandonar en todo el tiempo de existencia de las reducciones la idea del estatus de los guaraníes de ser tratado como niños que no podían ser totalmente responsables de su propia existencia y que no podían negociar sino a través de los jesuitas, este control no hizo más que perjudicar la iniciativa económica de los guaraníes que con la desaparición de las reducciones debían actuar con nuevas reglas de juego.¹⁰

II. Política hacia el indio en la etapa republicana

II.1 Los nuevos Estados. Políticas de exterminio y de asimilación. Marginación política y social de los indios.

En 1810 se produce la Revolución de Mayo en Buenos Aires, se empezaba a respirar aires de cambio en las colonias españolas americanas y comenzaron a crearse los nuevos estados nacionales.

Se podría pensar que ante la retirada de la Corona de América nacerían las Repúblicas Indígenas, más aún si se tiene presente que en 1800 existían comunidades indígenas resistentes y vastos territorios independientes de indígenas que no habían sido colonizados. Pero lo cierto es que los indígenas no tuvieron la opción de participar en el proceso estatal porque la sociedad continuó organizada según el patrón de poder producido bajo el colonialismo. La situación jurídica del indígena entonces se vería condicionada una vez más por factores totalmente extraños a él.

La independencia política de España o Portugal no significó la independencia de estas sociedades de la hegemonía del eurocentrismo. La modernidad en América sería entendida desde un plano claramente subjetivo y en esta idea del progreso lo *indio* es considerado inferior, primitivo y un obstáculo al desarrollo. Los europeos o blancos, que ahora se llamaban mexicanos o peruanos, constituían una minoría realmente muy pequeña en América. No sólo frente a la población indígena sino también en algunas regiones frente a la población negra, a la que

¹⁰ ZAJIKOVA, Lenka “*Algunos aspectos de las reducciones jesuíticas del Paraguay: La organización interna, las artes, las lenguas y la religión*” p. 11

por cierto sólo se la incluye en el debate latinoamericano en el tema relativo a la esclavitud porque en el resto la población negra permanece invisible. Anibal Quijano entiende que esta diferencia de trato se da porque la población indígena era mayoritaria y además socialmente disciplinada en el trabajo organizado dentro de un sistema de dominación y de explotación¹¹.

En lugar de nacer Repúblicas Indígenas en las vastas extensiones que aún existían bajo su control, estos territorios fueron considerados por los nuevos Estados como territorios propios pendientes de colonizar. Esto era factible no sólo desde el derecho constitucional que se iba generando con la creación de los nuevos Estados sino también desde el derecho internacional que se mostraba dispuesto a reconocer Estados de matriz europea pero reacio a reconocer Estados de otras culturas incluso fuera de la misma Europa. Estados eran entonces los europeos o, en el caso de América, los de matriz cultural europea. La consecuencia entonces sería que *en América no pueden existir, aunque de hecho existan, territorios que puedan ser reclamados por pueblos indígenas, como tampoco por Estados europeos*. Se deja sentado así el principio de que *en América no existe territorio alguno que pueda reputarse res nullius* recurriéndose a la presunción de que América Latina había estado ocupada completamente por los colonialismos europeos y que eran las fronteras coloniales mismas, que cubrían igualmente toda la geografía, las que heredaban los flamantes Estados de esa matriz europea, salvo modificaciones por medio de Tratados entre los propios Estados.

Como ejemplo de esta ficción extendida en toda América Latina podemos tomar la Constitución de Venezuela de 1904, que en línea con sus precedentes, declaraba que: “El Territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año de 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela, con las modificaciones que resulten de Tratados Públicos” (art. 1). Tal principio de la extensión de fronteras era en sí ficticio por estos tiempos constitucionales como lo había sido por los coloniales¹² porque los territorios indígenas no estaban dentro de las fronteras efectivas de los nuevos Estados.

Los territorios ocupados por indígenas se asimilaron entonces a territorios deshabitados y en algunos casos, como el de Chile o Argentina, se procedió al virtual exterminio de la población originaria. Esta política se materializó en el

¹¹ QUIJANO, Anibal “*El Movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*” p. 7

¹² CLAVERO, Bartolomé “*Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos indígenas entre Constituciones Ladinias*” p. 18¹³

caso argentino con la Conquista del Desierto (1880 – setenta años después de la Revolución de Mayo) que realizó el estado argentino con la colaboración de *indios amigos* contra los pueblos mapuche, tehuelche y ranquel para obtener el control de la Pampa y la Patagonia, a pesar que en la Constitución Argentina se promovía el trato pacífico con los indios. "Se trataba de conquistar un área de 15.000 leguas cuadradas ocupadas cuando menos por unas 15.000 almas, pues pasa de 14.000 el número de muertos y prisioneros que ha reportado la campaña ... Era necesario conquistar real y eficazmente esas 15.000 leguas, limpiarlas de indios..."¹³. Prácticamente se exterminó la población originaria de la región y las tribus que sobrevivieron pasaron a ser mano de obra de las nuevas colonias agrarias (en especial el pueblo ranquel) o trasladadas a zonas más periféricas o forzosamente a Buenos Aires donde además fueron separadas por sexo para evitar la procreación (en especial el pueblo mapuche). Esta campaña de exterminio también se dio con crudeza en la misma época en la región del Chaco, al norte de Argentina, especialmente contra los pueblos Mocoví y Toba, y los que sobrevivieron pasaron a trabajar en la producción de algodón o se refugiaron en zonas semiáridas del oeste chaqueño que tenían poco interés económico.

Fue tan brutal la conquista que inclusive aquellos sectores argentinos críticos de estas campañas consideraban el *problema indígena* como algo del pasado al que se le había dado una triste solución militar. De ahí la importancia política del surgimiento del movimiento indígena en la Argentina, un país donde se reconoce poco la existencia del mestizaje cuando se calcula que casi el 60% de su población tiene algún antepasado indígena y donde el 1,1% (alrededor de 500.000 personas) es miembro de alguna comunidad indígena mientras en Brasil, donde la cuestión indígena es más conocida, probablemente por la fuerza que la región amazónica tiene como símbolo natural y cultural exótico, este grupo representa solo el 0,4 % de su población.¹⁴

Son casos que sirven de ejemplo de una clara política de exterminio que convirtió al siglo XIX en el más genocida para los indígenas de América después del siglo XVI¹⁵ y como reconoce Eugenio Zaffaroni, actualmente Juez de la Corte Suprema de la República Argentina, la integridad territorial de este Estado se funda en un cercano genocidio. En sus palabras, desde la segunda mitad del siglo XIX, tras la conquista de la Patagonia, "*unos 'salvajes' en el sur molestaban en*

13 Párrafos del Informe Oficial de la Comisión Científica agregada al Estado Mayor Gral. de la Expedición al Río Negro (Patagonia) (Buenos Aires, 1881) p. 1

14 GORDILLO, Gastón y HIRSCH, Silvia "*Indigenous struggles and contested identities in Argentina*" p.3

15 CLAVERO, Bartolomé "*Cultural Supremacy, domestic constitutions and the declaration on the rights of indigenous peoples*" p. 3

un país que había que poblar, donde faltaba mano de obra. Todo esto va generando un disciplinamiento, una política represiva con leyes y acciones concretas que apuestan al exterminio de un pueblo. No se puede dudar de que los pueblos originarios sufrieron un genocidio ... Lo que podemos modificar en el plano interno es la propagación de ese genocidio, se puede y se debe compensar hoy a quienes están sufriendo las consecuencias del genocidio pasado. Ese es un reclamo legítimo y es necesaria una reparación”. Y se debe decir, porque esta idea del indígena salvaje y bárbaro que constituye un elemento amenazante para el porvenir continúa arraigada en muchos sectores y queda de manifiesto con decisiones judiciales como la tomada por la jueza Carina Alvarez de la Provincia de Neuquén (Argentina) en el 2009 que deniega que se designe un intérprete en un juicio seguido contra miembros del Pueblo Mapuche en el que se reclama el derecho de consulta previa contemplado en el Convenio 169 de la OIT. Lo hace argumentando que el mismo debe llevarse adelante en el idioma *nacional*, como si la lengua mapuche fuera extranjera, en una provincia además cuyo nombre es de origen indígena.¹⁶

Donde no se llevó adelante una política de exterminio se observó, tras la ruptura con el régimen colonial, un intento de formar una nación homogénea. Los nuevos estados se formaron con demarcaciones territoriales y administrativas sobrepuestas a unas sociedades que habían logrado mantener su carácter plural y los estados se estructuraron en torno al principio de igualdad jurídica que ignoró el reconocimiento de lo diverso.¹⁷ Entonces como no era posible *ablancar* a todos los indígenas en términos raciales a pesar del mestizaje existente en toda Latinoamérica, se buscó *eupeizarlos* subjetiva o culturalmente. Es decir asimilarlos a la cultura dominante que pasaría a ser la cultura *nacional*.

Este proceso de aculturación fue llevado adelante por los estados de manera institucionalizada, sobre todo a través de la educación formal y con la ayuda de los ejércitos y de las instituciones religiosas. Las constituciones fueron escritas solamente en castellano o en portugués, cuando de hecho eran en muchos casos la lengua minoritaria, y con ellas se consagraron derechos individuales, garantías constitucionales y se organizaron los estados como si la sociedad latinoamericana fuese una sociedad homogénea.

¹⁶ Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén 2009–2010 p. 33

¹⁷ GOMEZ RIVERA, María Magdalena “Sobre la naturaleza del derecho indígena: reconocimientos constitucional y legales” p. 1

En la Constitución de Ecuador de 1830 se observa la referencia más expresiva hacia los pueblos indígenas en su Art. 68: “*Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable*”. En las demás constituciones de la época no se hizo mención alguna de la existencia de indígenas y en algunos casos como la de Chile (1822), Perú (1823), Argentina (1853) o Paraguay (1870) se encargó al Congreso la tarea de civilizar los territorios indígenas y promover la conversión al catolicismo.¹⁸ A nivel constitucional se observa así la condena a la desaparición jurídica y política de los indígenas durante casi dos siglos de era republicana.

Con el proceso de codificación se desvalorizó además el valor del derecho indígena al que se refirió simplemente como usos y costumbres dándoles a esta un papel casi inexistente como fuente de derecho porque se continuó con la práctica de criminalizar las costumbres *contra legem*. Se consagraron también postulados monistas como *nadie puede alegar desconocimiento de la ley* que no permite pensar en la idea de un pluralismo jurídico al margen del Estado. En este contexto, las tradiciones no tienen derecho alguno por sí mismas y las diferencias culturales representan un obstáculo al progreso y a la libertad.¹⁹

Desde el punto de vista económico pero siguiendo la línea del proceso de aculturación, el derecho se convirtió en la herramienta del poder dominante que llevó al despojo de las tierras indígenas en favor de los *no indios* provocando la desintegración de muchas comunidades. Sus miembros estuvieron así destinados a la servidumbre doméstica en las ciudades y a la agraria en el campo. En el caso mexicano por ejemplo, en el s. XVIII aparecen las haciendas, que eran enormes extensiones territoriales que centralizaban capitales provenientes de diversas procedencias. Las haciendas se extendían muchas veces en los fundos legales indígenas y requerían mano de obra estable que implicaban para los indígenas el abandono de su comunidad. Con la creación del Estado mexicano que emerge de la Independencia este proceso se agudiza y el esquema liberal imperante colisiona con la idea de reconocer la existencia de la propiedad comunal de los pueblos indígenas.²⁰

¹⁸ CLAVERO, Bartolomé “*Cultural Supremacy, domestic constitutions and the declaration on the rights of indigenous peoples*” p. 4

¹⁹ CABEDO BALLOL, Vicente “*De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*” p. 7

²⁰ PEREZ COLLADOS, Jose María “*Las tierras comunales en los pueblos de indios y su trayectoria en el México independiente*” p.p. 372-382

Las reformas agrarias posteriores, que en teoría buscaban regularizar la posesión de la tierra, pero que en realidad posibilitaron su privatización, la casi desaparición de sistemas de uso colectivo de la tierra y la mecanización de las tareas del campo, provocaron una emigración masiva del campesinado a los centros urbanos. A partir de los años 60 del siglo XX se dio una de las mayores migraciones de la historia latinoamericana: el éxodo rural y la concentración de la población en grandes centros urbanos transformaron las ciudades en megalópolis creándose grandes bolsones de pobreza. Este traslado masivo de la población campesina en su mayoría indígena a la ciudad comportó naturalmente una pérdida de su identidad cultural porque la actividad de los *indios* empezó a estar más vinculada al salario y al mercado. Este proceso de *des - indianización* se produjo en toda Latinoamérica. En Perú se denominó *cholificación* porque se denominaba peyorativamente *cholos* al colectivo que pobló las *barriadas* peruanas que han llegado a constituir más del 70% de la población urbana de ese país. Hoy resulta difícil que la población *chola* vuelva a identificarse como *india* y esta puede ser esa una de las razones por las que no exista en Perú un movimiento indigenista de importancia a pesar de contar con un alto porcentaje de población indígena.²¹

En definitiva, en la era republicana la política hacia el indio estuvo marcada por el exterminio y por intentos sistemáticos por parte de los Estados de asimilarlos a la cultura nacional bajo la ficción de que América Latina era un continente homogéneo. En mi opinión sumaría también la política del olvido o inexistencia de políticas positivas que se traduce en creación de pobreza endémica.

Ya en este punto, se hace imprescindible entonces intentar definir que es un indígena en la actualidad para poder así entender su realidad.

III El indígena en la actualidad

III. 1 ¿Qué es un indígena?

El breve resumen de 500 años de política hacia el *indio* nos permite reflexionar sobre algunas cuestiones.

²¹ QUIJANO, Anibal “*El Movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*” p. 10

Primero celebrar con sorpresa que aún existan indígenas en Latinoamérica. Los Estados habían sido muy efectivos en convertirlos en invisibles y en silenciar las voces indígenas en el continente. La lucha por la supervivencia de los pueblos indígenas había empezado antes pero la opinión pública internacional se asombró de la presencia de indígenas en el continente americano cuando muchas personas hicieron oír sus reclamos en 1992 con motivos de la celebración de los 500 años de la llegada de Colón a América. Como así también las repercusiones que tuvo el alzamiento zapatista de la región mexicana de Chiapas el 1 de enero de 1994 que a esta altura se ha convertido en icónica para el movimiento indigenista y que no es casual que se haya dado el mismo día de entrada en vigencia del TLCAN reivindicándose aspiraciones de justicia económica y de justicia racial, étnica y de género y mayor participación política en la toma de decisiones del gobierno mexicano.

Definir el término *indígena*, que sustituye al peyorativo *indio*, no resulta sencillo. Varía de un país a otro, lo cual obliga a los investigadores a utilizar distintos parámetros, como la lengua, la autoidentificación indígena o la concentración geográfica. Esta complejidad da como resultado estimaciones muy variadas respecto al tamaño de la población y calcular su tamaño es importante tanto para el desarrollo de políticas sociales apropiadas como para la definición de los presupuestos.²²

Hoy existen aproximadamente 400 lenguas o idiomas diferentes pero si se utiliza el criterio de la lengua este puede no ser suficiente. En el caso peruano explicado anteriormente, un indígena que habla el idioma castellano puede ser considerado un cholo. En el caso de Paraguay, la población paraguaya habla el Guaraní y no se considera indígena mientras que la población lenca, en Honduras, ha perdido su lenguaje pero se identifica como tal.²³

La autoidentificación puede también presentar inconvenientes. Si a alguien se le preguntara ¿es usted indígena? podría ocultar su condición por el problema de la discriminación y los prejuicios sociales que existen respecto a la condición de indígena. Algunos inmigrantes indígenas que llegan a la Ciudad de México o Lima dejan de utilizar su lengua o trajes tradicionales por este motivo. Pero también se puede dar que algunos respondan de manera positiva para recibir

²² LAYTON, Heather Marie y PATRINOS, Harry Anthony “Estimando el número de indígenas en América Latina” en HALL, Gillette y PATRINOS, Harry Anthony (coord.), en *“Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, Banco Mundial 2006, p.p. 48-64

²³ TORRES RIBAS, Edelberto *“Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los Derechos Humanos”* p.p. 12-14

beneficios sociales por identificarse como tal.²⁴ Aunque este es el criterio que se viene imponiendo porque se acepta cada vez más que el derecho a decidir quién es o no indígena pertenece exclusivamente a los propios indígenas. Además las comunidades indígenas también tienen la facultad de decidir si los considera como tal porque la pertenencia a una comunidad indígena entraña no sólo derechos y obligaciones de la persona respecto de su grupo, sino también puede tener consecuencias jurídicas con respecto al Estado en el que viven.²⁵

Por último, el criterio de la ubicación o concentración geográfica resulta útil cuando la población indígena se concentra en territorios específicos o reservas pero puede presentar el inconveniente de identificar como indígenas a personas que no tienen tal condición pero que residen en zonas indígenas y viceversa.²⁶

A nivel colectivo, en 1995 el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas adoptó cuatro principios que debían tenerse en cuenta en toda posible definición de pueblos indígenas: a) la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.²⁷

A nivel colectivo encontramos además una definición legal en el Art. 1.1 b) del Convenio 169 de la OIT. Serán considerados pueblos indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. E inmediatamente en el art. 1.2 introduce el elemento de la autoidentificación al sostener que conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio. La autoidentificación entonces es un elemento básico de la condición de indígena.

²⁴ idem 22

²⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo “Los pueblos indígenas y sus derechos” p.p. 40-41

²⁶ idem 22

²⁷ idem 25

La ausencia de una definición única del concepto indígena, la disparidad de criterios aplicada por los distintos Estados a la hora de censar, las maneras de formular las preguntas, sumado a los factores migratorios entre otros, hace variar las estimaciones e imposible dar un número exacto de la cantidad de indígenas que habitan en el continente. Se estima entre 40 y 50 millones de personas constituyen la población actual de indígenas en América Latina y que representa alrededor de un 10 % de su población.²⁸ En el siguiente cuadro se observa el número de indígenas y su relación con la población no indígena en 10 países latinoamericanos.

PAIS	Nº hab. – Indígena	Nº hab. - No Indígena	% Indígena
Bolivia	5.008.997	3.045.172	62,20
Brasil	734.128	167.932.056	0,40
Chile	692.192	14.424.243	4,60
Costa Rica	63.876	3.649.128	1,70
Ecuador	830.418	11.326.190	6,80
Guatemala	4.610.440	6.626.756	41,00
Honduras	427.943	5.648.942	7,00
México	6.101.632	88.528.459	6,50
Panamá	285.229	2.553.944	10,10
Paraguay	88.529	5.074.669	1,70
R. Bol. Venezuela	506.341	21.548.687	2,30

FUENTE: CELADE, 2010. Procesamiento matemático de datos

Además, en 2001 en Perú, el 32% de la población hablaba una lengua materna indígena y un 41 % se autoidentificó como indígena.²⁹ En términos absolutos la población indígena de México es la más numerosa, pero es en Bolivia donde constituyen la mayoría de su población y en Guatemala donde alcanzan el 41 %. En contraste encontramos a Brasil y Venezuela donde la población indígena no alcanza un 1% del total o Argentina donde constituye un 1,1 % según datos del CELADE (1992).

III.2 Condiciones socioeconómicas de los indígenas

²⁸ AYLWIN, José “*Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina*” p. 1

²⁹ idem 22

El 14 de enero de 2010, la ONU publicó un informe en el Foro Permanente para Cuestiones indígenas titulado “La situación de los pueblos indígenas del mundo”³⁰ en el que llega a una serie de conclusiones.

Los pueblos indígenas siguen siendo los más numerosos entre los pobres, los analfabetos y los desempleados. Suman en el mundo unos 370 millones. Pese a que constituyen aproximadamente el 5% de la población mundial, los pueblos indígenas constituyen el 15% de los pobres del mundo y representan la tercera parte de los 900 millones de indigentes de las zonas rurales.

Del informe se extrae que a nivel latinoamericano ser indígena equivale a ser pobre y que con el tiempo esa situación se ha perpetuado. Señala que un indígena en Paraguay tiene una probabilidad 7,9 veces más alta de ser pobre que el resto de la población, 5,9 veces en Panamá, 3,3 en México y 2,8 en Guatemala.

Asimismo, las comunidades indígenas son víctimas del conflicto interno colombiano, que en las tres últimas décadas ha provocado el desplazamiento de miles de ellos de sus tierras ancestrales debido a la actividad militar del Estado y a la presencia de grupos armados que participan en el cultivo y el tráfico de drogas en las zonas indígenas. Esto ha incrementado aún más el número de refugiados entre la población de países vecinos, como el Brasil, el Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela.

El 90% de la madera que se extrae en la Amazonia peruana se obtiene por medios ilícitos y procede de zonas protegidas que pertenecen a comunidades indígenas o están reservadas para pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario.

El informe considera grave la situación de salud de los pueblos indígenas, que en general carecen de acceso a una nutrición apropiada, a la sanidad y a los recursos para cuidar su salud. La tasa de mortalidad infantil en las comunidades indígenas es un 70% más alta que la del resto de la población, pese a los grandes avances en este apartado logrados en los últimos años en la región. También señala como ejemplo que el 95% de los indígenas hondureños menores de 14 años padecen de malnutrición. Los pueblos indígenas tienen más probabilidades de quedar discapacitados y de que su calidad de vida disminuya y, en última instancia, de morir más jóvenes que los demás pueblos. La diferencia en años en la esperanza

³⁰ Se puede consultar en (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf)

de vida entre los pueblos indígenas y los demás pueblos es la siguiente: Guatemala, -13; Panamá, -10 y México -6.

Finalmente se observa que los actos de violencia y brutalidad en todos los confines del mundo indígena, la mayoría de las veces se da contra personas indígenas que están defendiendo sus derechos, sus tierras, territorios y comunidades. Cuando los pueblos indígenas reaccionan y tratan de defender sus derechos, sufren agresiones físicas, prisión, tortura, y en algunos casos incluso la muerte, afirma el informe.

III.3 El movimiento indigenista: actividad política y sus demandas

El movimiento indigenista nace como consecuencia de la larga y lamentable lista de agravios que han sufrido los pueblos indígenas durante muchas generaciones a manos de los imperios coloniales, los Estados Nacionales, los evangelizadores religiosos y los grandes intereses económicos,³¹ y más recientemente en respuesta a las políticas neoliberales y de globalización que se empiezan a aplicar en Latinoamérica a partir de fines de la década de 1960.

Los pueblos indígenas que habían sabido sobrevivir 500 años en la ilegalidad, estableciendo normas y sanciones, administrando justicia y gobernándose a través de un sistema de cargos, en definitiva ejerciendo funciones exclusivas del Estado,³² empezaron a tomar conciencia que su existencia como pueblo se veía amenazada por los nuevos intereses en juego sin posibilidad alguna de interponer demandas o que sus reclamos fueran escuchados. En los congresos que decidieron la formación de COICA y UNCA se debatió explícitamente la ausencia y hostilidad del Estado y se decidió la necesidad urgente de fortalecer la autoridad comunal, revitalizando a la comunidad indígena frente al Estado e ir abandonando la identificación de *indio* para asumir la de *indígena*.³³

Se combinaron varios factores para que se produzca la reacción indígena. La dificultad de los países del sur para competir con productos agrarios subsidiados en los países centrales y la deuda externa contraída que en muchos casos se discute su legitimidad, entre otros factores, provocaron la necesidad de incrementar la extracción de recursos naturales de cualquier clase teniendo al *pragmatismo* como eje central de la política estatal. En este proceso, en el que

³¹ STAVENHAGEN, Rodolfo “*Los pueblos indígenas y sus derechos*” p. 12

³² GOMEZ, Magdalena “*Derecho indígena y constitucionalidad*” p. 5

³³ QUIJANO, Anibal “*El Movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*” p. 13

poco importa las perspectivas de las víctimas excluidas del proyecto en aras del supuesto bien común, los indígenas vuelven a representar un problema para los intereses económicos, ahora representados por nuevos colonos, multinacionales y los propios gobiernos de cada país, cuando los recursos naturales por explotar se encuentran ubicados en sus territorios ancestrales. Representan un problema, porque en las tierras indígenas que siempre fueron confiscables los estados se encontraron con algunas comunidades que supieron organizarse y llamar la atención de ONGs defensoras de derechos humanos y otras protectoras del medio ambiente atraídas por el concepto que los indígenas tienen de la *Madre Tierra*, a la que ven como un organismo vivo cuya existencia e integridad debe ser respetado.³⁴ Con ellas tejieron alianzas importantes y al mismo tiempo, fundamentalmente desde principios de los años 1980, fueron creando organizaciones nacionales de defensa de derechos indígenas como ONIC, CONAIE, CNI o RCI y transnacionales como COICA, UNCA, CAOI, CICA, FIMI o PIA.

Los nuevos intereses ya no pretenden utilizar la mano de obra indígena como lo hicieron con el régimen de encomiendas. Ahora van una vez más en búsqueda de sus tierras y frente a esta historia, los pueblos indígenas han luchado en sus países y en el ámbito internacional por el reconocimiento de sus derechos, el respeto a su dignidad individual y colectiva.

En cuanto a las demandas de derechos colectivos, que es donde el movimiento indigenista centra más sus esfuerzos, Torres Rivas las ordena de una manera lógica. Demandan: i) el derecho a ser reconocidos como *pueblo*, con identidad propia y con derechos que se derivan de esa condición. ii) Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la tierra y al *territorio*, dado por su reconocimiento como *pueblo* de larga presencia histórica. iii) Como consecuencia de los dos anteriores, el derecho a ejercer formas de *autogobierno* y *administración propias*. iv) Como consecuencia de las tres anteriores, el derecho al reconocimiento y ejercicio de un *derecho consuetudinario propio*. v) Finalmente, como efecto a todo lo anterior, el *derecho a participar* y *decidir* en la determinación de las políticas que les afecten.³⁵ Este derecho a participar se traduce en derecho a la *autodeterminación* que se expresa a través de la autonomía y el autogobierno local y regional.

³⁴ RODRIGUEZ GARAVITO, César / ARENA, Luis Arena, "The struggle of the U'wa people in Colombia" en DE SOUSA SANTOS, Boaventura / RODRIGUEZ GARAVITO, César en *Law and Globalization from below*, p. 246

³⁵ TORRES RIVAS, Edelberto "Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los Derechos Humanos" p. 24

Claro que este no es el primer intento indígena para lograr que se le reconozcan derechos porque ejemplos de rebeliones se pueden encontrar desde la misma llegada de los europeos a América. Pero en esta oportunidad si se observan buenos resultados y una creciente participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica, fundamentalmente a partir de 1990. Lo interesante además es como los pueblos indígenas, que constituyen el sector más marginado de la sociedad latinoamericana, entablaron una lucha por su supervivencia a nivel local que trascendió las fronteras de los Estados de tal manera que hoy nos permite hablar de un movimiento transnacional que provee a las personas de origen indígena una bandera ideológica anticolonial.

Si bien es difícil hablar de un movimiento indigenista homogéneo porque las realidades de las comunidades indígenas son bien diferentes según el país que se trate, si es verdad que entre todos tienen puntos de conexión. Salvo el caso mencionado de Perú, en general los indígenas son en su gran mayoría campesinos que viven en el nivel de pobreza más extremo del continente, son objetos de discriminación social, racial y hasta de olvido pero han empezado a tomar conciencia de su condición y de lo amenazada que se encuentra su supervivencia como pueblo.

Esta intensa actividad política permitió instalar el *problema indígena* en la agenda política latinoamericana, desterrar esa idea tan arraigada de que Latinoamérica era un continente homogéneo y que los indígenas adquirieran una influencia como nuevo actor político con un potencial difícil de imaginar hace 30 años. De la presión ejercida se lograron importantes reconocimientos legales a nivel internacional y local, con reformas constitucionales incluidas de distinto alcance según el estado que se trate, que permiten judicializar los conflictos a distintos niveles.

IV Reconocimientos legales

IV. 1 Reformas Constitucionales

A lo largo del s. XX ya se habían observado algunas reformas que no eran de exclusión precaria o de inclusión cancelatoria de los indígenas. La de México

(1917) reconoce y garantiza la propiedad ejidal³⁶. “Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derechos guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que le pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren... Sólo los miembros de la comunidad tendrán derecho a los terrenos de repartimiento y serán inalienables los derechos sobre los terrenos mientras permanezcan indivisos (art. 27. VI y VII). La de Perú (1920) que establece que “Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley (art. 41) y también se refiere a la raza indígena como población que ha de ser objeto de protección³⁷. La de Bolivia (1938) reconociendo y garantizando la existencia legal de las comunidades indígenas, al tiempo que se declaran radicalmente nulos los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que emanen de la ley. La de Ecuador (1945-1946) registra la presencia de lenguas aborígenes para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.

Pero en una nueva ola, y para hacer frente a las demandas de los pueblos indígenas, se observan especialmente en la década de 1990, reformas en las Constituciones de algunos países latinoamericanos³⁸. También se han realizado reformas constitucionales a nivel provincial o estadual, dependiendo de las formas de organización de los distintos países, como así también se han sancionado leyes nacionales que regulan la materia. Pero como abarcar todas sería imposible, me voy a detener en las primeras, en las reformas constitucionales a nivel nacional.

La reforma de la Constitución de Guatemala (1985) incorporó en el capítulo de los derechos sociales, arts. 66 y s.s. una novedad potencialmente importante al declarar que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos. Además, con relación a los indígenas, reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. También obliga al Estado, mediante programas especiales y legislación adecuada, a proveer tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

³⁶ Propiedad rural de uso colectivo

³⁷ CLAVERO, Bartolomé “*Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos indígenas entre Constituciones Ladinias*” p. 19-20

³⁸ Se pueden consultar las Constituciones hispanoamericanas y sus reformas en (<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/>)

A partir de entonces se observa que cada vez más países reconocen en sus constituciones la fórmula de la multiculturalidad.

La Constitución de Nicaragua (1987) resulta interesante porque además de definirse como un pueblo de naturaleza multiétnica declara el derecho a la identidad cultural, a la propiedad comunitaria y a un régimen de autonomía en las regiones donde habitan las Comunidades de la Costa Atlántica para el ejercicio de sus derechos que conferirá el Estado por medio de una ley.³⁹

La de Colombia (1991) establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Adecua los derechos de los pueblos indígenas a su organización política, reconoce su autonomía y le concede un territorio. Además, en la Asamblea Constituyente hubo participación indígena.⁴⁰

Paraguay (1992) dedicó el capítulo Capítulo V a los pueblos indígenas. Reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat y a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa. Reconoce la propiedad comunitaria y los exonera de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la Ley. Hay que recordar además que el Guaraní es lengua oficial.

Las reformas de México resultan importantes por la cantidad de indígenas que viven en su territorio. En 1992 reconoce que México es un Estado de conformación pluriétnica pero al mismo tiempo se reformó el art. 27 que posibilita la privatización del territorio indígena contemplando la venta individual de parcelas, y la posibilidad de rentar o vender tierras comunales. El alzamiento zapatista de 1994 obligó al Estado a conformar Cocopa⁴¹ y se llegó el 16 de febrero de 1996 a la firma del Acuerdo de San Andrés de Larráinzar. De Cocopa salieron propuestas para reformar la constitución que fueron avaladas por el EZLN y el CNI, pero el presidente Ernesto Zedillo introdujo reformas sustanciales que fueron aprobadas en el Congreso que, si bien representa a los mexicanos ahí los indígenas tienen poca participación. En definitiva, en el 2001

³⁹ CLAVERO, Bartolomé “*De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas*” p.10

⁴⁰ TORRES RIVAS, Edelberto “Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los Derechos Humanos” p. 27

⁴¹ Comisión de Concordia y Pacificación, es una comisión legislativa bicameral conformada desde marzo de 1995 encargada de ayudar en el proceso de diálogo en el contexto del levantamiento zapatista. Sus miembros son Diputados y Senadores de los diferentes partidos políticos mexicanos.

se realiza la reforma de los arts. 1, 2, 4, 18 y 115 que serían rechazadas por los indígenas y los Estados de Oaxaca y Chiapas, que es donde hay mayor presencia indígena, votaron en contra del dictamen del Congreso.⁴²

Un extenso art. 2 es la norma clave que regula la materia indígena. Lo curioso es que inicia proclamando que la Nación Mexicana es única e indivisible y vuelve a insistir con este principio cuando reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, aclarando que este se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Reconoce que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas a los que define en los mismos términos del Convenio 169. Reconoce a las comunidades indígenas como entidades de *interés público* y no como de derecho público (iniciativa de Cocopa) y el derecho de los indígenas a acceder, con respeto a las formas y 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, al uso y disfrute *preferente* de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades. La iniciativa de Cocopa en este punto proponía la fórmula de acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y *territorios*. Además se debe tomar nota que la Constitución les garantiza un disfrute preferente de los recursos pero no exclusivo. Finalmente el Estado reconoce la existencia de derecho y jurisdicción indígena pero deberá ajustarse a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.⁴³ Al margen de la decepción de los indígenas por los cambios introducidos en la reforma, no puede desconocerse el peso político que adquirieron.

Bolivia también reformó su Constitución, en este caso dos veces en el pasado cercano (1995 – 2009). Pero fueron sin dudas las elecciones de Diciembre de 2005 las que captaron la atención internacional. Con el 54% de los votos Evo Morales se convirtió en el primer presidente de origen indígena de la historia de ese país; y con él en el poder la reforma constitucional de 2009 contó con el apoyo en referéndum de más del 60 % de su población.⁴⁴

⁴² SÁMANO RENTERÍA, Miguel Ángel “*La lucha por el poder y los acuerdos de San Andrés Larráinzar*” p. 7-10

⁴³ MALLOL CABEDO, Vicente “*De la intolerancia al reconocimiento del Derecho Indígena*” p. 12-17

⁴⁴ Amnistía Internacional: “Documento – Bolivia: Información para el examen periódico universal de la ONU”

Bolivia se autoproclama como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado, con y se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Además reconoce la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios garantizándoles su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y la ley (art. 2). Se reconocen además como idiomas oficiales al castellano y a 35 lenguas indígenas (art. 5) y dedica el Capítulo IV a los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos garantizándoles entre otros el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan, a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.⁴⁵

En Ecuador la importancia de la actividad política de los indígenas se observó en las marchas realizadas a la ciudad de Quito. La primera fue en 1990 en reclamo de sus derechos y tuvieron gran protagonismo sobre todo en los procesos sociales que llevaron a la caída del poder de los presidentes Abdalá Bucaram (1996-1997) y Jamil Mahuad (1998-2000)⁴⁶. En referencia a la Constitución ecuatoriana, ésta se reformó en dos oportunidades en los últimos 15 años (1996 y 2008).

La Constitución ecuatoriana vigente⁴⁷ proclama en su art. 1 que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” y reconoce además del castellano al Kichwa y al Shuar como idiomas oficiales y las demás lenguas indígenas son reconocidas pero dentro de sus respectivas áreas de uso (art. 2).

⁴⁵ Consultar Constitución vigente de Bolivia (<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>)

⁴⁶ “Ecuador: Indígenas reclaman respeto de derechos en marcha por Quito”

⁴⁷ Consultar Constitución vigente de Ecuador (<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/Constitucion-2008.pdf>)

Con respecto a la organización político administrativa del Estado, el art. 257 prescribe que *podrán* conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que *ejercerán* las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se *regirán* por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Además dedica una sección entera al reconocimiento de la justicia indígena. Allí declara que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas *ejercerán* funciones jurisdiccionales aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. En estas referencias a los derechos indígenas utiliza siempre los verbos en futuro y por ello se resaltan, con lo cual habrá que ver como se instrumentan.

Venezuela (1992) y Brasil (1998) dedican también capítulos a los derechos de los pueblos indígenas. El caso venezolano reconoce el pluralismo jurídico aunque lo limita por el orden público e introduce algo novedoso al garantizar y proteger la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Argentina (1994) atribuye al Congreso y a las provincias en el art. 75 inc. 17 la facultad de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Aunque en estos 3 países parecería tratarse más de concesiones por parte de los Estados y no tanto de conquistas legales por el carácter marginal de los indígenas en estos países.

Finalmente, Chile mantiene aún su postura de no reconocer a nivel constitucional la presencia de pueblos originarios en su territorio a pesar de los reclamos del pueblo Mapu-che (Mapu = La Tierra; Che = gente o pueblo). En el 2005 se reformó la Constitución chilena y se buscaron fórmulas que contemplaran el reconocimiento de derechos indígenas pero finalmente no se produjo. El 10 de enero de 2006, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad un inciso: “La Nación chilena es una e indivisible”, y rechazó rotundamente, sin ningún voto a favor, el otro: “Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”. El proyecto se

encuentra aún en la Cámara de Senadores con lo cual la Constitución de Chile sigue sosteniendo en su art. 3 que “El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”.

Chile se resiste al reconocimiento constitucional por lo peligroso que pueden resultar los Tratados firmados entre Mapu y la Corona Española, pero fundamentalmente por el Tratado de Tapihue de 7 de enero de 1825 entre la República de Chile y el Pueblo Mapu-che que fijaba la frontera entre ambos en el Río BioBío requiriéndose para su tránsito “pasaporte” expedido por Mapu o por Chile según corresponda. Claro que Chile no respetó este tratado y conquistó el sur entre 1869 y 1882 porque nunca confirió a los Tratados con indígenas el sentido de un acuerdo firmado entre naciones en pie formal de igualdad ni nada que se le acercara o pareciera. En la actualidad, reconocer el verdadero valor jurídico del Tratado implicaría para Chile no sólo reparar por daños y perjuicios, sino también replantearse por completo y de raíz sus propios fundamentos constitucionales y generar cambios tendientes a la recuperación de relaciones en pie formal de igualdad entre naciones o pueblos que habitan el territorio chileno.⁴⁸

IV.2 Reconocimientos legales internacionales

A) CONVENIO 169 OIT (1989)

El primer Convenio de la OIT que se refiere a los indígenas es el Convenio 29 sobre trabajo forzoso (1930). Luego hubo varios, pero lo interesante del Convenio 169 es que provoca un cambio en la postura de la OIT en relación con los pueblos indígenas que ha pasado de ser monotemática, es decir, de tener un interés en los indígenas sólo como *trabajadores*, a pluritemática, tomando a los indígenas no sólo como trabajadores sino como grupo cultural. Con este cambio, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) se convirtió sin dudas, en un instrumento legal que ejerce gran influencia en América Latina.

El Convenio 169 modificó el Convenio 107 (1957) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi - tribales en los países independientes que ya resultaba importante porque de

⁴⁸ CLAVERO, Bartolomé. Publicado en *Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 13, 2007 “*Reconocimiento Mapu-che de Chile. Tratado ante Constitución*” p.p. 42-74

alguna manera reconocía la coexistencia de normas estatales con normas consuetudinarias, pero que seguía en la misma línea de entender que el destino de los indígenas era asimilarse al pueblo dominante del Estado que formaban parte y por ello utilizaba el término *poblaciones* y no *pueblos*.⁴⁹

El simple cambio en el título que hace el Convenio 169 al hablar de pueblos indígenas implica el reconocimiento de una entidad dotada con el derecho a existir y a no disolverse en cualquier otra y esto realmente provoca un cambio del paradigma.⁵⁰ *Población* ofrece la idea de una humanidad informe y pasiva; *pueblo* en cambio, de entidad, actividad y pluralidad.⁵¹ Es cierto que el Art. 1 Ap. 3 del convenio les niega a los pueblos indígenas su derecho a la autodeterminación al proclamar que el término *pueblos* 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, pero no se puede negar que el Convenio les garantiza derechos nunca antes reconocidos a nivel internacional.

Al tratarse de un tratado en principio se aplica a los países que lo ratificaron. En Latinoamérica lo hicieron Argentina (2000), Bolivia (1991), Brasil (2002), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dominica (2002), Ecuador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Paraguay (1993), Perú (1994) y Venezuela (2002). Pero en el caso *Saramaka vs. Surinam*, en el que se discutía la personalidad jurídica del pueblo Saramaka y los daños continuos provocados por la construcción de una represa hidroeléctrica en la década de los sesenta que supuestamente inundó territorios tradicionales de los Saramakas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo valer derechos contemplados en el Convenio a pesar que Surinam no lo ha ratificado.⁵²

Ya había adelantado que el Convenio define a los pueblos indígenas, a quienes convierte en sujeto activo de derechos colectivos, pero lo que a mi entender constituye el eje central del Convenio es el derecho de consulta que consagra en su articulado. Lo hace teniendo en consideración elementos culturales, económicos, el clima no violento en el que debe realizarse, el valor que tiene

⁴⁹ GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto “*El reconocimiento del Derecho Indígena en el Convenio 169 de la OIT*”

⁵⁰ CLAVERO, Bartolomé “*Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo*” p. 10

⁵¹ CLAVERO, Bartolomé “*Multiculturalismo, Derechos Humanos y Constitución*” p. 6

⁵² CIDH, Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007, FJ 93 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

para los indígenas el territorio y lo referente a la explotación de los recursos naturales que se pudieran encontrar en ellos.

- Los gobiernos entonces, deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, *con la participación de los pueblos interesados*, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, promoviéndose la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, *respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones*; que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, *de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida*.⁵³

- No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados y deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados y tales medidas especiales no deberán ser contrarias a *los deseos expresados libremente por los pueblos interesados*.⁵⁴

- Los gobiernos deberán *consultar a los pueblos interesados*, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. Las consultas además deberán efectuarse *de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias*, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.⁵⁵

- Los gobiernos deberán tomar medidas, *en cooperación con los pueblos interesados*, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.⁵⁶

⁵³ Art. 2 Convenio 169 de la OIT

⁵⁴ Art.s 3 y 4 del Convenio 169 de la OIT

⁵⁵ Art. 6 del Convenio 169 de la OIT

⁵⁶ Art. 7.4 del Convenio 169 de la OIT

- Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.⁵⁷

- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, *los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.* Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.⁵⁸

- La ley deberá prever además sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.⁵⁹

- Finalmente el art. 35 del Convenio prevé que el mismo no podrá “menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales” con lo cual la relación que este tiene con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que es el otro instrumento de Derecho Internacional en la materia, debe ser interpretada como de complementariedad, pero ya volveré sobre este punto al analizar la Declaración.

El Convenio entonces, como había apuntado es pluritemático. Al nacer en el seno de la OIT claro que incluye cuestiones laborales. Pero también incluye cuestiones

⁵⁷ Arts. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT

⁵⁸ Art. 15 del Convenio 169 de la OIT

⁵⁹ Art. 18 del Convenio 169 de la OIT

penales dirigidas a determinar los límites al empleo del derecho penal estatal una vez ejercida la justicia penal comunitaria, y los límites al empleo del derecho penal consuetudinario indígena por la constitución y los instrumentos de derechos humanos.

Este Convenio se convirtió así en el primer instrumento de Derecho Internacional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas basándose en el respeto a sus culturas, formas de vida, organizaciones e instituciones tradicionales, otorgándoles participación efectiva en las decisiones que les afectan brindando una herramienta importante para interponer demandas en defensa de los derechos allí consagrados, tanto en tribunales nacionales como internacionales.

B) DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007)

La Declaración resulta importante porque es el primer instrumento de derechos humanos que se negocia punto por punto y es producto de un par de décadas de negociaciones. El contenido responde en lo sustancial a las propuestas constantes de parte indígena que fueron recabadas en el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas creado en 1982 y a partir de 1994 se empezó a negociar con los Estados. Con la presencia indígena llegó la vindicación de constituir pueblos en pie de igualdad con el resto de los pueblos.⁶⁰

Bartolomé Clavero sostiene que como la Declaración resulta de esa negociación y su contenido es un pacto entre los Estados miembros de las Naciones Unidas y los pueblos indígenas del mundo, su valor es general y no es una mera declaración. Rodolfo Stavenhagen entiende por su parte que no es jurídicamente vinculante porque no se trata de un tratado firmado y ratificado por las instancias legislativas de los Estados parte. Al margen de esta cuestión, que lógicamente no es menor, lo cierto es que fue adoptada por la Asamblea General de la ONU por una mayoría de 143 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania). Y este resultado expresa un amplio consenso de la comunidad internacional y obliga moral y políticamente a todos los países miembros a obrar por su plena implementación con buena voluntad y en apego a sus compromisos con ONU.⁶¹

⁶⁰ CLAVERO, Bartolomé *“Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo”* p. 2

⁶¹ STAVENHAGEN, Rodolfo *“Los pueblos indígenas y sus derechos”* p. 12

En el anexo de la Declaración se afirma que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos con derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Se reconoce su aporte a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas y la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos, teniendo presente que los pueblos indígenas se estén organizando para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión.

En este anexo se reconoce de alguna manera que el principio de la igualdad de la ciudadanía ha permitido la apropiación del territorio y de los recursos de los pueblos indígenas por el Estado de turno y se cambia el paradigma al sostener que si los pueblos indígenas controlasen los acontecimientos que les afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos, podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades, contribuyendo al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente, y por ello se resalta la importancia fundamental de que los pueblos indígenas *poseen derechos colectivos, el derecho a ser consultados y que todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación.*

En su articulado la Declaración proclama el nuevo principio: Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas⁶² y los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación política, económica, social y cultural⁶³ al igual que los pueblos no indígenas. Un derecho, el de la autodeterminación o el de la libre determinación de los pueblos, que ya había sido reconocido para todos los pueblos en la Carta de Naciones Unidas en 1945 pero que recién se les reconoce expresamente a los pueblos indígenas en el 2007. Tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.⁶⁴ No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que

⁶² Art. 2 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶³ Art. 3 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶⁴ Arts. 7 y 8 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

sea posible, la opción del regreso.⁶⁵ Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido⁶⁶ y a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Por su parte los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.⁶⁷

Con relación al derecho de autodeterminación es necesario reconocer que la misma Declaración en su art. 46 impone un límite a este derecho al garantizar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. Este límite que se impone al derecho de autodeterminación está probablemente inspirado por el temor a que este derecho abra las puertas a la formación de nuevos Estados en cualquier rincón del mundo. Pero en el caso de América Latina no se planteó la intención de los pueblos indígenas de separarse de los Estados Nacionales. Simplemente demandan autonomía y autogobierno como condiciones básicas para el desarrollo de los pueblos indígenas.⁶⁸ Estas demandas, combinadas con el derecho de consulta del Convenio 169 y el derecho limitado de autodeterminación, abren las puertas a que los Estados contengan territorios autónomos indígenas que puedan negociar en pie de igualdad los asuntos que les afecten o pudieran afectar.

C) FORO PERMANENTE PARA CUESTIONES INDÍGENAS

Otra cuestión relevante de la Declaración es que su art. 42 compromete la actuación de Naciones Unidas para la observancia de los derechos allí consagrados. Textualmente este art. dispone: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”

⁶⁵ Art. 10 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶⁶ Art. 26 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶⁷ Art. 32 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁶⁸ GOMEZ Magdalena “*Derecho indígena y constitucionalidad*” p. 9

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU⁶⁹ es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. Se reunió por primera vez en mayo de 2002 y está integrado por 16 expertos independientes, que actúan a título personal; ocho de ellos han de ser propuestos por los pueblos indígenas y ocho por los gobiernos. Los gobiernos pueden proponer a expertos indígenas, si así lo desean, y algunos lo han hecho. El Foro se reúne durante 10 días cada año, en Nueva York o Ginebra, o en un lugar elegido por el Foro y la importancia de este Foro la da que es la primera vez que se construye un espacio donde los problemas de los indígenas son escuchados de primera mano por la comunidad internacional y por primera vez en la historia de los pueblos indígenas éstos están en pie de igualdad con los miembros nominados por los estados en un organismo permanente de la ONU.

V. Casos de aplicación del Convenio 169

Me pareció oportuno no dejar el trabajo en una mera lista de reconocimientos legales como si esa fuera el fin de una lucha. Una lucha, la del reconocimiento digo, que igualmente permanece inconclusa. Ahora resta saber si se aplica verdaderamente los derechos hasta aquí logrado por los pueblos indígenas.

Por ello, consideré necesario buscar algunos ejemplos que demuestren el acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción y las dificultades que tienen que sortear para intentar ganar alguna batalla legal, sin dejar de suponer que existen muchas comunidades que ni siquiera tienen esta oportunidad porque hay que recordar que el sujeto legitimado para iniciar la acción se corresponde con el sector más pobre de los pobres del continente con lo cual muchas veces existe una distancia enorme entre el reconocimiento de derechos a que estos sean efectivamente aplicados. Por ello, en muchos casos, quien entabla la demanda es el Defensor del Pueblo o alguna institución de Derechos Humanos comprometido con la cuestión.

⁶⁹ Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (<http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>)

Ahora bien, de los instrumentos legales elegí el Convenio 169 para observar su aplicabilidad. Por introducir un tema importante como el derecho a consulta y por haber sido el primero en la materia a nivel internacional y además vinculante.

Son 5 casos que además reflejan como los pueblos indígenas tuvieron que acudir a una norma internacional eludiendo los ordenamientos nacionales para que sus reclamos sean escuchados.

V.1 Colombia 1: El caso del pueblo U´wa⁷⁰

El pueblo U´wa habita actualmente 60.000 hectáreas del noreste colombiano, aunque sus tierras ancestrales eran más grandes y comprendían otras provincias colombianas y también parte de la actual Venezuela.

Los U´wa no representaron un gran problema hasta que el gobierno de Colombia decidió entregar una licencia para explorar en búsqueda de petróleo en tierras ancestrales del pueblo U´wa a la empresa transnacional Oxy, sin imaginar que partir de ese día el pueblo U´wa daría batalla, tanto en el terreno político como en el judicial, que terminaría sentando un precedente peligroso para los intereses de los estados latinoamericanos y de las empresas transnacionales en la región transformándose en el leading case de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derecho de las comunidades indígenas a la consulta ante la toma de decisiones que pueden afectar su territorio y los recursos naturales que se encuentran en ellos⁷¹.

Los U´wa empezaron a organizarse a principios de la década del 70 ante la amenaza que representaba para su cultura la llegada de nuevos colonos a partir de 1940 que escapaban de la pobreza y la violencia que existía, y aún existe, en Colombia. En 1976 crearon su primer partido político que formaría luego parte de la ONIC en el que el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras indígenas ancestrales era el principal pilar de su reclamo. Este derecho le fue reconocido por el gobierno colombiano al pueblo U´wa entre las décadas del 70 y del 80 y en 1987, luego de continuas movilizaciones, los U´wa alcanzaron que le fueran reconocidas 61.115 hectáreas, que igualmente era mucho menor a las reclamadas y que además dejaron muchas de sus poblaciones

⁷⁰ RODRIGUEZ GARAVITO, César / ARENA, Luis Arena, "The struggle of the U´wa people in Colombia" en DE SOUSA SANTOS, Boaventura / RODRIGUEZ GARAVITO, César en *Law and Globalization from below*, p.p. 241-265

⁷¹ "La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos" p. 72. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

incomunicadas entre sí. Por ello, los reclamos continuaron en reclamo del derecho a vivir en una reserva unificada en una parte de sus territorios ancestrales.

En 1991 se reformó la Constitución colombiana reconociéndose derechos indígenas y en lo relativo a la explotación de los recursos naturales el Art. 330 in fine consagra: “...*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”.

En este estado de las cosas y luego de haber firmado un acuerdo con la empresa colombiana de petróleo (ECOPETROL) y Shell, Oxy entra en escena. En 1992 solicitó al gobierno colombiano una licencia para explotar petróleo en un sitio ubicado en las tierras ancestrales de los U´wa y de manera prácticamente simultánea inició los estudios de suelo a través de la compañía Project Underground 1998.

La primera declaración del pueblo U´wa fue en marzo de 1993 oponiéndose a cualquier tipo de exploración y/o explotación de petróleo en sus territorios, pero a pesar de ello el 3 de Febrero de 1995 el Ministro de Medio Ambiente colombiano le otorgó la licencia de exploración a Oxy aclarando además que se había cumplido con el requisito constitucional de consultar al pueblo U´wa. Los U´wa reaccionaron anunciando que empezarían a cometer suicidios colectivos si el plan de exploración continuaba, como ya lo habían hecho en el pasado para evitar ser reducidos a la esclavitud por parte de los conquistadores españoles.⁷² En una carta al mundo expresaron *el U´WA se suicida por la vida, el blanco se suicida por monedas. ¿Quién es salvaje?*.⁷³ Estas declaraciones tuvieron repercusión internacional⁷⁴ pero la campaña de los U´wa se mantendría dentro de los límites del estado colombiano hasta el año 1995.

Llevado al terreno judicial, en agosto de 1995, la Defensoría del Pueblo de Colombia, abrió dos procesos. Uno ante la Corte Constitucional solicitando la paralización de las operaciones de exploración en los territorios U´wa hasta tanto no se realice una nueva consulta. Y el otro, ante el Consejo de Estado,

⁷² Liderados por el Cacique Guaiticu, los U´wa habrían cometido suicidio colectivo en el s. XVII.

⁷³ “Carta de los U´wa al mundo” p. 2

⁷⁴ “Una tribu amenaza con un suicidio masivo” Diario Clarín Digital (Argentina), 27 de abril de 1997

competente conforme la legislación colombiana al haber sido la licencia otorgada por el Ministerio de Medio Ambiente.

La Corte Constitucional, invocando la Constitución y los arts. 5,6,7 y 15 del Convenio 169 de la OIT, concluyó que los derechos colectivos de los indígenas se encontraban en el mismo plano de igualdad que los derechos humanos individuales y ordenó que en el plazo de 30 días se celebrara una nueva consulta al pueblo U'wa basada en el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

i) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

ii) Que igualmente la comunidad sea informada e ilustrada sobre como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

iii) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente en lo que concierna a la defensa de sus intereses y pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o

inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.⁷⁵

A pesar de ello, un mes más tarde, el Consejo de Estado entendió que el gobierno colombiano no estaba obligado ni a consultar ni a llegar a un acuerdo con las comunidades indígenas para otorgar una licencia de exploración de petróleo y que simplemente informando de ello cumplía con la legislación colombiana, por ello terminó autorizando la exploración. Además de la contradicción evidente observada, los U'wa vieron frustradas sus expectativas porque ambos fallos se centraron en el derecho de los U'wa a participar en la consulta, pero ninguno de los dos fallos decide sobre el fondo de la cuestión que era su oposición a la explotación de petróleo en sus territorios. El fallo de la Corte algo decía al respecto pero sin dar respuestas concretas al señalar que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

Con el resultado obtenido en la batalla legal a nivel nacional el único camino posible era internacionalizar el conflicto. Un grupo de abogados asesoró a los U'wa para seguir dos caminos: uno político, que consistió en numerosas charlas que el líder U'wa Benito Kubarú'wa y líderes de la ONIC, con la ayuda de la ONG Amazon Coalition, dieron en varias ciudades de Estados Unidos en Mayo de 1997 en una campaña que tuvo su máximo esplendor entre los años 1997 y 2000. En julio del 2000 Kubarú'wa declaró: *“la tierra es para nosotros un organismo vivo como cualquiera y así como nosotros tenemos venas y a través de ellas circula la sangre que mantiene nuestros cuerpos calientes, el petróleo es para nosotros la sangre de la Tierra Madre”* y este fuerte compromiso demostrado por el pueblo U'wa con el medio ambiente no dejaría indiferente a otras ONGs (Acción Ecológica, Oilwatch) con las cuales los U'wa tejerían alianzas que serían importantes en distintas fases de la campaña. En el terreno jurídico, Benito Kubarú'wa y la ONIC presentaron un formal reclamo contra el gobierno colombiano ante la CIDH.

⁷⁵ “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” p. 72. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

La presión ejercida obligó a Oxy y a las autoridades colombianas a reabrir el proceso de negociación con el pueblo U'wa pero las contradicciones entre las cortes colombianas hizo que el gobierno colombiano solicitara la intervención de la OEA que en Septiembre de 1997 realizó una serie de recomendaciones: i) Suspender las exploraciones, ii) Atender el reclamo de los U'wa a vivir en una reserva unificada, iii) estableció criterios para el proceso de consulta y iv) garantizar a los U'wa asistencia técnica. Pero como los U'wa no enviaron su declaración de intereses, que era uno de los requisitos para que se implementaran estas recomendaciones este proceso no prosperó y el gobierno colombiano aprovechó la circunstancia para seguir las recomendaciones según sus propios intereses. En agosto de 1999 el gobierno colombiano le otorgó a la comunidad U'wa los títulos para vivir en una reserva unificada pero un mes más tarde siguió con los planes de exploración otorgándole a Oxy una nueva licencia para explorar un sitio ubicado a solo 300 metros de la reserva y esto haría renacer la lucha política y jurídica de los U'wa.

Un pedido de los U'wa para que se revoque la licencia fue denegado en Mayo del 2000 y motivó protestas no violentas y llamamientos a la desobediencia civil que incluyeron cortes de rutas inclusive en la Provincia de Arauca, una región también afectada por la violencia y daños medioambientales asociados a la actividad petrolera. La ONIC también se sumó a las protestas convirtiéndola en una protesta nacional en favor de los derechos de los indígenas.

Finalmente el 3 de Mayo de 2001 Oxy anunció que ya no tenía interés en el proyecto porque había comprobado que no existía petróleo en la zona. Las ONGs celebraron este retiro como si fuera una victoria definitiva porque habían centrado su lucha solo en Oxy mientras los U'wa entendieron que simplemente ganaron una batalla pero no la guerra porque su lucha no solo era contra Oxy, sino contra el propio gobierno colombiano y contra cualquier otra empresa que persiga esos intereses.

ECOPETROL empezó a realizar exploraciones en la misma zona a principios de 2002 pero las repercusiones internacionales ya no fueron las mismas. El proceso ante la Comisión de Derechos Humanos de la OEA quedó paralizado.

V.2 Colombia 2: Ley General Forestal⁷⁶

⁷⁶ “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” p. 121. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

Una acción de inconstitucionalidad contra la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) motiva la sentencia C – 030/08, de 23 de enero de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia. La ley fue impugnada por haberse omitido la consulta previa establecida por el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por las disposiciones de la ley.

La Corte en este fallo sentó dos criterios de interpretación al derecho de consulta. El primero señala que cuando se trata de proyectos de ley, el deber no surge frente a toda medida legislativa susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente. De tal manera que en aquellas leyes que sean aplicables a la generalidad de los colombianos, y que afectan a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, no será aplicable de manera literal el art. 6 del Convenio, porque de lo contrario habría que someter a consulta previa una parte significativa de la legislación. El segundo análisis lo hace con relación a la obligación que surge del Convenio para los gobiernos de realizar la consulta preguntándose que ocurriría en el caso en que otro sujeto presente a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley que puedan afectar directamente a las comunidades indígenas y en este sentido se inclina por una interpretación amplia al entender que siempre que el gobierno advierta esta situación deberá darse el proceso de consulta y concluye entonces declarando la inconstitucionalidad de la ley por no haberse observado el derecho de consulta.

V.3 Bolivia: Ley de Hidrocarburos⁷⁷

Se trata de un recurso directo de inconstitucionalidad presentado por un diputado contra la Ley de Hidrocarburos que motiva la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006 en el que plantea si el derecho a consulta, su obligatoriedad y el respeto a las decisiones de allí surjan, no viola el principio de igualdad al establecer un trato más favorable a los pueblos indígenas.

El Tribunal resuelve en primer lugar que el Convenio 169 forma parte del bloque de constitucionalidad. Y luego analiza el art. 15.2 del Convenio y concluye que la norma impone la necesidad de consulta pero no establece el acuerdo de las comunidades indígenas como requisito necesario de la realización de las obras.

⁷⁷ “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” p. 56. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

Con este criterio, los pueblos indígenas no tienen derecho a vetar la explotación de hidrocarburos ya que ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de estos recursos pero sus intereses no quedarían desprotegidos al reconocérseles un derecho a una indemnización equitativa en función de los daños que pudieran sufrir sus intereses.

En consecuencia, declara constitucional la consulta pero inconstitucional el resultado vinculante de esta.

V.4 Ecuador: Pueblo Shuar vs. Compañía Arco Oriente Inc.⁷⁸

Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador N° 994-99-RA, de 16 de marzo de 2000. El gobierno ecuatoriano había firmado un contrato con la compañía para la explotación de hidrocarburos en un bloque situado en un 70% en territorio del pueblo Shuar sin dar participación a la comunidad. La compañía ingresó al territorio sin permiso de la autoridad comunitaria e intentó firmar convenios con miembros de la comunidad que no contaban con poderes representativos de la federación indígena y con algunas asociaciones que forman parte de la comunidad, todo ello sin respetar las formas de organización política del pueblo indígena. La cuestión no giró entonces sobre la explotación de los recursos si no sobre afectación o no de la integridad y unidad del pueblo indígena y de falta de respeto o desconocimiento de las autoridades comunitarias por parte de la empresa.

Se resolvió que si bien en algunas oportunidades puede resultar difícil quien representa a una comunidad, en este caso resulta claro que al pueblo Shuar lo representa la Federación Independiente del Pueblo Shuar de Ecuador (FIPSE) y esta no participó del proceso de consulta con lo cual se determinó no permitir a la compañía Arco realizar ninguna negociación individual ni con ninguna asociación en la que FIPSE no esté incluida.

V.5 Argentina: Comunidad indígena Hoktek T´Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable⁷⁹

⁷⁸ “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” p. 144. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

⁷⁹ “La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos” p. 42. Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009

Este caso trata de una acción de amparo interpuesta contra dos decretos del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta que autorizaba la tala de árboles en el territorio ancestral de la comunidad indígena Hoktek T'Oi. El trámite judicial fue extenso e incluyó una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente la Corte de Justicia de la Provincia de Salta hizo lugar al amparo y anuló los decretos. El Estado provincial apeló el fallo pero este fue confirmado por la Corte Suprema.

En las consideraciones más relevantes se reconoció la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, se estableció el reconocimiento a la posesión y propiedad que tradicionalmente ocupan y se dispuso asegurar la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Se ordenó entonces suspender las tareas de desmonte y que se realicen estudios de impacto en la flora, fauna, clima y sobre todo, el impacto cultural y humano que la tala de árboles tendría.

Conclusión

Entre 40 y 50 millones de indígenas en Latinoamérica. Esta cifra dice mucho.

Por un lado confirma que la población indígena en América Latina forma parte importante de estas sociedades. Por el otro, si añadimos que en su mayoría viven en la extrema pobreza, llegamos a la conclusión que la fórmula de legislar sin consultar a los pueblos indígenas no funciona. Resulta evidente que nunca se han visto beneficiados por el *progreso* si al mismo tiempo querían mantener su identidad como pueblo.

La encomienda, el requerimiento, la reducción, el intento de asimilarlos, la marginación política, social y el olvido constitucional, fueron algunas de las *soluciones* dadas por otros al *problema indígena*. Los indígenas han coexistido durante más de 500 años con una sociedad que los excluye y su situación jurídica siempre fue producto de lo que disponía quien monopolizaba el derecho. Víctimas de imperios europeos, Estados nacionales, grandes intereses económicos e instituciones religiosas y sometidos a la esclavitud, encomienda, tributos y al despojo de su identidad, sus tierras y recursos.

Por eso son necesarios los *nuevos derechos*. Aunque sería más acertado hablar siempre de *reconocimiento de derechos* porque estos han existido siempre en pueblos que han sabido sobrevivir bajo sus normas durante todo este tiempo y simplemente por circunstancias históricas, sociales, políticas y culturales les fueron sustraídos y negados. El *reconocerlos* resulta fundamental porque nunca gozaron de los anteriores, porque no reconocerlos sería condenar a los pueblos indígenas a su desaparición y porque después de tantos años de atropellos no alcanza con una simple disculpa.

A esta altura no se puede dejar de *reconocer*, e insisto con este verbo, que América Latina no fue, ni es, ni será nunca un continente homogéneo. Es multicultural y pluriétnico.

Claro que este *reconocimiento* plantea nuevos desafíos en una sociedad acostumbrada a funcionar de otra manera. Por lo pronto habrá que respetar unos mínimos.

Se deberá respetar en primer lugar el derecho de autoidentificación de los indígenas y su derecho a ser reconocidos como pueblo. El indígena de hoy es diferente y además constituyen pueblos que estarán permanentemente cambiando. En muchos casos, viste diferente, habla diferente, tiene otras inquietudes y perdió algunas de sus costumbres, pero esto no invalida su condición porque todos los pueblos cambiaron y lo seguirán haciendo. Nadie duda que un inglés del 2010 es diferente a uno de 1492 pero no por eso se le puede negar a que se autoidentifique como tal. Sería un absurdo pensar de otra manera, aunque a veces algunos caen en este argumento para descalificar la condición de indígena y no *reconocer* que constituyen pueblos con identidad propia.

Se debe *reconocer* y respetar además el derecho de los indígenas a acceder a su territorio. Esto es fundamental para la supervivencia de todo pueblo pero en especial para los indígenas por el vínculo que tienen con la tierra y *reconocerles* el derecho a participar y decidir en la determinación de las políticas que les afecten o les pudieren afectar.

Claro que los reconocimientos son importantes y suenan muy bonito, pero del reconocimiento al efectivo cumplimiento del derecho puede existir una brecha muy importante. Por ello entendí oportuno introducir algunos casos de aplicación del Convenio 169, que se refieren a la explotación de recursos naturales situados

en territorio indígena. Hay otros temas y muy importantes que inquietan a los pueblos indígenas como por ejemplo la conservación de sus lenguas, sus culturas, el ejercicio de la jurisdicción o incluso su participación en la celebración de tratados internacionales de libre comercio. Pero considero que el tema de los recursos es el elemento de presión con el que cuentan los indígenas para ser, de una vez por todas, escuchados sin intermediarios.

En los casos incluidos de aplicación del Convenio se aprecia la necesidad de los pueblos indígenas de acudir a una norma internacional y las dificultades que deben sortear para que sus derechos sean reconocidos. Las sedes de los Tribunales que deciden quedan a miles y miles de kilómetros del lugar donde habitan y los gastos judiciales que deben afrontar son altísimos. Por ello es fundamental la ayuda que pueden prestar las ONGs o Defensores del Pueblo que puedan accionar en su nombre.

En el caso del pueblo U'wa, Rodríguez Garavito y Arena hacen un análisis para mí acertado del valor que los actores dan al resultado de la acción. Las ONGs celebran la victoria como si esta fuera el final de la guerra cuando para los indígenas solo se trata de una batalla. Al final de la batalla los U'wa deben hacer frente a una nueva pero esta vez ya no están tan acompañados.

En el caso del Pueblo Shuar vemos un intento de desestabilizar a los dirigentes indígenas y de disgregar a su comunidad. Elegí este caso además porque deja entrever la posibilidad, por los intereses económicos en juego, que los dirigentes indígenas sufran intentos de soborno e incluso los acepten. Desde ya aclaro que probablemente existan o van a existir dirigentes indígenas que se alejen de los intereses de su pueblo pero este tampoco puede ser un argumento sólido para descalificar a todos los indígenas. Lamentablemente dirigentes alejados de su pueblo los encontramos en todas las culturas y simplemente hay que procurar que esto no ocurra.

El caso de la ley de hidrocarburos de Bolivia lo elegí por el argumento utilizado por el diputado que cuestiona el derecho a consulta. Insiste en este caso recurrir al principio de igualdad jurídica cuando queda claro que este no ha sido suficiente para lograr el desarrollo de los pueblos indígenas y además refleja la resistencia que genera en algunos sectores de la sociedad el reconocimiento de derechos.

En el caso Hoktek T´Oi del Pueblo Wichi, los indígenas tienen que esperar un fallo de la CSJN para que sus derechos sean respetados en un país que solo tiene un 1,1% de su población indígena y una densidad de 14,43 habitantes por km².

Ahora bien, no es difícil imaginar que deben ser muchos más los pueblos que nunca han podido acceder a la jurisdicción por falta de información o de medios. Por ello la importancia del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas y algunos portales de internet que constituyen espacios interesantes donde también se pueden escuchar las voces indígenas sin interlocutores. Porque además existen indígenas sobradamente formados que ya no los necesitan. La democratización de la información en estos espacios ayuda a los indígenas a denunciar a la comunidad internacional los atropellos que siguen sufriendo en la actualidad.

Por último, quedan dudas a cerca de como se instrumentará el derecho de autodeterminación. Aquí es donde más se observa el temor de los Estados que blindaron toda posibilidad de secesión o independencia en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o en el caso de México en su Constitución. Todo indica que este derecho de autodeterminación limitado deberá traducirse en un derecho de autonomía y autogobierno que conduzca a un verdadero pluralismo jurídico en el que convivan en pie de igualdad las normas de los Estados con las de los pueblos indígenas.

Finalmente y para concluir, los indígenas no son el único sector oprimido de la sociedad latinoamericana. Pero no cabe duda que por razones históricas, culturales, sociales, económicas, medioambientales, de justicia y por el real peligro de extinción que afrontan, los pueblos indígenas merecen especial atención. Se debe celebrar que América Latina aún cuente con un mundo indígena que nos es totalmente extraño pero enriquecedor para todos. Las diferencias entre un mundo y otro constituyen una barrera infranqueable y por eso los pueblos indígenas, como mínimo, deben participar en la elección de su destino.

BIBLIOGRAFIA

- DE SOUSA SANTOS, Boaventura / RODRIGUEZ GARAVITO, César A. “*Law and globalization from below*” Cambridge University Press, U.K. 2005.
- RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar / ARENA, Luis Carlos “*The struggle of the U’wa people in Colombia*” en DE SOUSA SANTOS, Boaventura / RODRIGUEZ GARAVITO, César A. en “*Law and globalization from below*” Cambridge University Press, U.K. 2005.
- GARCIA GALLO, Alfonso “*Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*”. Gráfica Solana. Madrid. España. 1987
- GALLEGO, José Andrés (coord.) / SANCHEZ BELLA, Ismael / DE LA HERA, Alberto / DIAZ REMENTERÍA, Carlos “*Historia del Derecho Indiano*”. Editorial Mapfre S.A. Madrid. España. 1992
- MORALES PADRON, Francisco. “*Historia del descubrimiento y conquista de América*”. 4ª Edición. Unigraf S.A. Fuenlabrada – Madrid. España. 1981.
- MORALES PADRON, Francisco. “*Teoría y leyes de la conquista*”. Teype S.A. Torrejón de Ardoz – Madrid. España. 1979.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed.) “*Los grandes procesos de la historia de España*”. Editorial Crítica S.L. Barcelona. España. 2002.
- PEREZ COLLADOS, Jose María “*Las tierras comunales en los pueblos de indios y su trayectoria en el México independiente*” en DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (coords.) en “*Historia de la Propiedad en España. Bienes Comunales, pasado y presente*”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

En internet: (última consulta en todas, 20 de agosto de 2010)

- QUIJANO, Anibal “*Don Quijote y los molinos de viento en América Latina*” (<http://www.oeiperu.org/documentos/ClavesQuijano.pdf>)

- ZAJIKOVA, Lenka “*Algunos aspectos de las reducciones jesuíticas del Paraguay: La organización interna, las artes, las lenguas y la religión*” (http://publib.upol.cz/~obd/fulltext/Romanica-8/Romanica-8_18.pdf)
- QUIJANO, Anibal “*El Movimiento Indígena y las cuestiones pendientes en América Latina*” (http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/quijanoa/quijanoa00005.pdf)
- CLAVERO, Bartolomé “*Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos indígenas entre Constituciones Ladinias*” (<http://www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf>)
- Párrafos del Informe Oficial de la Comisión Científica agregada al Estado Mayor Gral. de la Expedición al Río Negro (Patagonia) (Buenos Aires, 1881) (<http://usuarios.arnet.com.ar/yanasu/roca.htm>)
- GORDILLO, Gastón / HIRSCH, Silvia “*Indigenous struggles and contested identities in Argentina*” (http://www.anth.ubc.ca/fileadmin/user_upload/anso/Faculty_PDFs/Gordillo/Gordillo_and_Hirsch_2003.pdf)
- CLAVERO, Bartolomé “*Cultural Supremacy, domestic constitutions and the declaration on the rights of indigenous peoples*” (<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/06/americanconstitutions-declaration.pdf>)
- Informe de situación de los Derechos Humanos del Pueblo Mapuche en la Provincia de Neuquén 2009–2010 (<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/07/Argentina-Neuquen-Mapuce2009-2010.pdf>)
- GOMEZ RIVERA, María Magdalena “*Sobre la naturaleza del derecho indígena: reconocimientos constitucional y legales*” (<http://www.uam-antropologia.info/alteridades/alt6-11-gomez.pdf>)
- CABEDO BALLOL, Vicente “*De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena*” (http://148.206.107.10/biblioteca_digital/estadistica.php?id_host=6&tipo=ARTICULO&id=2404&archivo=8-158-

[2404wns.pdf&titulo=De%20la%20intolerancia%20al%20reconocimiento%20del%20derecho%20ind%EDgena\)](#)

- LAYTON, Heather Marie y PATRINOS, Harry Anthony “Estimando el número de indígenas en América Latina” en HALL, Gillette y PATRINOS, Harry Anthony (coord.), en *“Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, Banco Mundial 2006, (http://www.coedu.usf.edu/zalaquett/SIP_pobreza/Pobreza_Etnicidad.pdf)
- TORRES RIBAS, Edelberto “*Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los Derechos Humanos*” (http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/consideraciones%20sobre%20la%20condicion%20indigena%20en%20america%20latina.pdf)
- STAVENHAGEN, Rodolfo “*Los pueblos indígenas y sus derechos*” (<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>)
- AYLWIN, José “*Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina*” (http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/aylwino_j/aylwinoj0036.pdf)
- GOMEZ, Magdalena “*Derecho indígena y constitucionalidad*” (<http://www.amdh.com.mx/ocpi/informe/docbas/docs/6/38.pdf>)
- CLAVERO, Bartolomé “*De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas*” (<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/747/74701903.pdf>)
- SÁMANO RENTERÍA, Miguel Ángel “*La lucha por el poder y los acuerdos de San Andrés Larráinzar*” (<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/99/14.pdf>)
- CLAVERO, Bartolomé. Publicado en *Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 13, 2007 “*Reconocimiento Mapu-che de Chile. Tratado ante Constitución*” (<http://www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf>)

- GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto “*El reconocimiento del Derecho Indígena en el Convenio 169 de la OIT*”
(<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/91/8.pdf>)

- CLAVERO, Bartolomé “*Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo*”
(<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/06/prologo-articulo-instrumentos.pdf>)

- CLAVERO, Bartolomé “*Multiculturalismo, Derechos Humanos y Constitución*”
(<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs5/clavero%20bartolome.pdf>)

- Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas
(<http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>)

- CIDH, Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, de 28 de noviembre de 2007,
(http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

- Se pueden consultar las Constituciones hispanoamericanas y sus reformas en
(<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/>)

- Página web CELADE CEPAL (<http://www.eclac.org/celade/>)

- “*La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos*” Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009
(http://pro169.org/res/materials/es/general_resources/Aplicacion%20del%20C169%20por%20tribunales%20en%20America%20Latina.pdf)

- “*Carta de los U’wa al mundo*”
(http://www.nacionmulticultural.unam.mx/declaraciones/docs/decl_338.pdf)

- “*Una tribu amenaza con un suicidio masivo*” Diario Clarín Digital (Argentina), 27 de abril de 1997 (<http://edant.clarin.com/diario/1997/04/27/t-03501d.htm>)

- *“Ecuador: Indígenas reclaman respeto de derechos en marcha por Quito”*
Diario RPP, de 21 de junio de 2010 (http://www.rpp.com.pe/2010-06-21-ecuador-indigenas-reclaman-respeto-de-derechos-en-marcha-por-quito-noticia_274031.html)

- Amnistía Internacional: “Documento – Bolivia: Información para el examen periódico universal de la ONU”
(<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR18/002/2009/es/5dc60797-f37e-428e-b5e9-7262c98bb309/amr180022009spa.html>)