

# LAS POBLACIONES INDIGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Hernán Salinas Burgos*

Profesor Auxiliar Derecho Internacional Público

## I. INTRODUCCIÓN

Desde los escritos del Padre Bartolomé de las Casas (1474-1566), el problema de la promoción y protección de las poblaciones indígenas ha suscitado un creciente interés, el cual ha aumentado en el presente siglo, a iniciativa tanto de organismos internacionales de carácter universal como regional.

Así como en América ello se ha manifestado principalmente por la labor del Instituto Indigenista Interamericano, los Congresos Indigenistas Interamericanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sistema universal ello se ha manifestado por el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Resultado del trabajo de este último organismo es el Informe del Relator Especial José R. Martínez Cobo<sup>1</sup> sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas presentado en 1981, 1982 y 1983 y la creación de un Grupo de Trabajo para Poblaciones Indígenas<sup>2</sup>.

Como principales objetivos de este grupo se han señalado examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y prestar atención especial a la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas, teniendo en cuenta tanto las semejanzas como las diferencias en lo que respecta a la situación y a las aspiraciones de las poblaciones indígenas en todo el mundo.

Cabe resaltar que este Grupo ha puesto énfasis en las actividades normativas, tendientes a formular, de acuerdo a las sugerencias del Informe de Martínez Cobo, un conjunto de principios básicos que servirían como base para la formulación de una Declaración y eventual Convención sobre la materia.

## II. FUENTES

Ninguno de los textos orgánicos fundamentales de las Naciones Unidas contiene disposiciones que explícita y específicamente mencionen a las poblaciones indígenas ni la necesidad de ayuda y protección a las mismas.

La Carta de las Naciones Unidas contiene, empero, varias disposiciones que se ocupan de materias de derechos humanos y de la promoción del progreso social y económico de todos, en cuyo contexto se ha desarrollado la acción

<sup>1</sup> Doc. UN. E/CN.4/Sub2/476 y Adds 1 a 6 E/CN.4/Sub2/ 1983/21 y Adds 1 a 8.

<sup>2</sup> Resolución 1982/34 de 7 de mayo de 1982. Consejo Económico y Social.

de la Organización en relación con las poblaciones indígenas que forman parte de los Estados miembros (Preámbulo, artículo 1, párrafos 3 y 4; 13, párrafo 1, inciso b; 55 y 56).

A diferencia de las Naciones Unidas, desde su creación la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) ha adoptado resoluciones, convenios y recomendaciones, ha editado publicaciones y emprendido diversos tipos de proyectos sobre la condición de las poblaciones indígenas en todo el mundo.

Punto culminante de ello constituyó la Conferencia Internacional del Trabajo de 1957, en la cual, respondiendo a informes de discriminación en el trabajo en América Latina, se aprobaron dos textos básicos que establecen normas generales internacionales para la acción respecto de los indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes:

a) El Convenio N° 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, y

b) La Recomendación 104 sobre protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales.

El Convenio 107, el cual es el único instrumento internacional significativo específico en materia de protección de poblaciones indígenas, entró en vigor el 2 de junio de 1959 y ha sido ratificado por 27 Estados, entre los cuales Chile no se encuentra.

Sus objetivos principales son la protección, la integración progresiva de las poblaciones indígenas en las colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo.

Enfatizando la "protección e integración" de las poblaciones indígenas, la Convención obliga a los Estados partes a desarrollar "coordinada y sistemática acción para su progresiva integración" a través de la "colaboración" y no de la "fuerza y coerción"<sup>3</sup>.

El Convenio define a las poblaciones indígenas como "los descendientes 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" y con una tendencia a "vivir más de acuerdo con las propias instituciones sociales, económicas y culturales que con las de los Estados a los cuales pertenecen"<sup>4</sup>.

El Convenio obliga a los Estados a "adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones (indígenas) mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan", no pudiendo ellas ser utilizadas "para crear o prolongar un estado de segregación" ni menoscabar "el goce de los derechos generales de ciudadanía, sin discriminación"<sup>5</sup>.

Este Convenio ha sido criticado por su carácter paternalista y no haber mostrado gran eficacia para la efectiva protección y el desarrollo de los dere-

<sup>3</sup> Russel Lawrence BARSH, "Currents Developments, Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law". *American Journal of International Law*, April 1986, Vol. 80, N° 2, pág. 370.

<sup>4</sup> Art. 1 b) Convenio relativo a las poblaciones indígenas y tribales, 1957, UN. DOC. E/CN. 4/Sub. 2/1982/2 Add 1. Anexo II.

<sup>5</sup> *Ibid.* Art. 3.

chos humanos y libertades fundamentales de las poblaciones indígenas en los países que son Estados partes.

Se ha sugerido su revisión (un comité de expertos ha sido designado por el Secretariado de la O.I.T. en noviembre de 1985) poniendo énfasis en las nuevas tendencias que más adelante veremos del "etnodesarrollo" y la "autonomía o "autodeterminación", como también diseñándose métodos más eficaces de ejecución, incluyendo modalidades de inspección y de supervisión del cumplimiento.

Varias convenciones de carácter general sobre diversas materias aprobadas bajo el auspicio de las Naciones Unidas contienen disposiciones que, aunque no han sido formuladas especialmente para las poblaciones indígenas, pueden resultar plenamente aplicables dentro de un programa de acción emprendido en beneficio, asistencia y protección de las mismas.

El primer instrumento que debemos señalar es la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la Asamblea General en 1948, la cual tipifica el genocidio como un delito de derecho internacional (ratificada por Chile el 3 de junio de 1953).

Otro hito importante se cumple con la aprobación, por parte de la Conferencia General de la UNESCO, de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (ratificada por Chile en 1971), en la cual los Estados partes en dicho instrumento admiten la importancia de reconocer a los "miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les son propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar en su propio idioma", no debiendo ejercer ese derecho de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional" <sup>6</sup>.

En 1965 se aprobó la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ratificada por Chile en 1971) en la cual los Estados partes se comprometen a garantizar a cada uno sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, la igualdad de trato en el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado por Chile en 1976) se aprobó la primera norma de protección de las minorías de alcance universal, estableciendo el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas para gozar, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma <sup>7</sup>.

### III. LAS POLÍTICAS DE LOS ESTADOS FRENTE A LAS POBLACIONES INDÍGENAS

#### 1. *Asimilación*

La asimilación se basa "en la idea de la superioridad de la cultura dominante y su objetivo es producir una sociedad homogénea al lograr que los grupos

<sup>6</sup> Art. 5 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, *Derechos Humanos, Recopilación de Instrumentos Internacionales, Naciones Unidas*. ST/HR/1/REV. 1.

<sup>7</sup> Art. 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Ibid.*

indígenas se deshagan de su cultura en favor de la dominante. Ello supone la absorción total de personas y grupos por la cultura dominante, como modelo establecido en el que han de encajar los demás. Por su parte el grupo dominante está dispuesto a aceptar a los miembros de otros grupos, pero ello depende, como condición *sine qua non*, de que acepten su cultura”<sup>8</sup>.

Inspirados en los ideales de la revolución francesa y de la norteamericana y en el deseo de consolidar su unidad nacional, los nuevos Estados americanos desmembrados del imperio colonial español tendieron a adoptar constituciones y legislaciones que reconocieron la igualdad de los pueblos indígenas ante la ley.

Pero esta igualdad de un contenido esencialmente formal, en ausencia de leyes protectoras y medidas especiales de asistencia a comunidades indígenas, marginadas de la vida económica, social y cultural dominante, se tradujo en que ellas perdieran sus tierras comunales y terminaran como trabajadores endeudados en las haciendas que iban proliferando.

En efecto, en el curso del siglo XIX en todo el continente americano, fuese cual fuese la política “legal”, el efecto práctico general era la realización de esfuerzos para la asimilación de los grupos más aculturados, la erosión general del régimen tradicional de tenencia de la tierra y la extensión de la propiedad privada individual a expensas de las tenencias comunales de las poblaciones indígenas.

## 2. Integración-Protección-Indigenismo

Con las disposiciones sociales de la revolución mexicana (1910-1917) se dio impulso a lo que se llamó el “indigenismo”, el cual pretendió reconocer anteriores modalidades de tenencia de la tierra y organización social indígena, y restituir a las comunidades indígenas las tierras que se les había expropiado en anteriores decenios.

El denominado “indigenismo” se caracteriza por la elaboración de políticas de protección de las poblaciones indígenas sin la participación de estas poblaciones, con un marcado énfasis en la integración social.

La integración se describe como un proceso mediante el cual se combinan en una unidad diversos elementos que siguen manteniendo su identidad básica. No se insiste en la uniformidad o la eliminación de todas las diferencias, salvo las diferencias de cada parte componente que pudieran perturbar o inhibir la unidad total.

La integración trata de: 1) eliminar todas las formas de división puramente étnicas, y 2) de garantizar los mismos derechos, oportunidades y responsabilidades a todos los ciudadanos cualquiera que sea el grupo al que pertenezcan<sup>9</sup>.

Del estudio de la práctica de los Estados y del Convenio 107 de 1957 de la O.I.T. se deduce que las políticas de protección de las poblaciones indígenas han estado enmarcadas principalmente en la tendencia expuesta.

Como indica claramente su título, el Convenio 107 de la O.I.T., relativo a la “protección e integración” de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, favorece explícitamente una

<sup>8</sup> Estudios especiales de la discriminación racial en las esferas política, económica, social y cultural (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta 71 XIX 2) párr. 370.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 373 a 375.

política de integración. Los principios de integración, tal como se establecen en este Convenio, excluyen cualquier medida "tendiente a la asimilación artificial" de las poblaciones indígenas<sup>10</sup>. Permite, sin embargo, la adopción de medidas especiales para la protección de las poblaciones indígenas, mientras "no se utilicen para crear o prolongar un estado de segregación" y se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria<sup>11</sup>. Asimismo, este Convenio establece que, al aplicar las disposiciones del mismo relativas a la protección e integración de las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán "buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes, ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas, estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas o la participación en tales instituciones"<sup>12</sup>.

La práctica de los Estados nos indica que en una importante proporción de ellos, estas políticas integracionistas y proteccionistas se ha traducido en la creación de una condición jurídica especial que busca proteger a los indígenas y eximirlos de algunas obligaciones, pero al mismo tiempo limita el ejercicio de ciertos derechos hasta que alcancen el nivel de desarrollo que se estima necesario y que según ese criterio les permitiría colocarse en pie de igualdad con el resto de la población.

La anterior implica situar a las poblaciones indígenas en una especie de "capitis diminutio", dado que no tendrían todos los derechos ni tendrían todas las obligaciones de los otros nacionales del país.

Es así como en Brasil el Código Civil de 1916, modificado en 1942, pone a esas personas protegidas en el mismo nivel que los relativamente incapaces, como los menores. Un decreto especial (Decreto N° 5484 del 27 de junio 1928) coloca a los habitantes de la selva bajo la jurisdicción tutelar especial del Estado Federal y dispone que puedan ir pasando gradualmente de la situación de tutela a la plena integración en la comunidad brasileña.

Además una ley especial, el Estatuto de Indios ley N° 6.001 de 1973), regula la situación jurídica de los indios o habitantes de la selva y de las comunidades nativas con miras a "preservar su cultura y a integrarlos en la comunidad nacional de manera gradual y armoniosa" (artículo 1°).

Dicha ley define los tres tipos de condición jurídica que pueden poseer los indígenas: aislados, en vías de integración o integrados<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Art. 2 Convenio relativo a las poblaciones indígenas y tribales. 1957 UN. DOC. E/CN. 4/Sub 2/1982/2 Add 1.

<sup>11</sup> Art. 3 *Ibid.*

<sup>12</sup> Art. 5 *Ibid.*

<sup>13</sup> El artículo 4 de la Ley N° 6.001 de 1973 estableció: "Se considera que los indios están: I Aislados cuando viven en grupos de los que no se tiene noticia o sólo la vaga información que puede haberse recogido con ocasión de contactos fortuitos con elementos de la comunidad nacional. II En curso de integración —cuando, manteniendo un contacto esporádico o constante con algún grupo exterior, vivan en mayor o menor grado en las condiciones propias de su existencia como poblaciones nativas, pero acepten ciertas prácticas y formas de vida comunes a los demás sectores de la comunidad nacional de los cuales dependan cada vez más para asegurar su subsistencia misma. III Integrados —cuando se han incorporado en la comunidad nacional y disfrutan plena y manifiestamente de sus derechos civiles aun cuando conserven prácticas y tradiciones características de su propia cultura".

Asimismo, en la misma ley se dispone que, aunque los indios son brasileños de conformidad con la Constitución, el goce por ellos de los derechos civiles y políticos depende de que se cumplan algunas condiciones especiales y establece un régimen tutelar<sup>14</sup>.

La situación jurídica de los indígenas puede también verse afectada de otros modos. Por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 de la Constitución todos los analfabetos y los que no saben expresarse en el idioma nacional (portugués) quedan excluidos del derecho a voto. Esto, junto con las condiciones del artículo 9 del Estatuto Indio: "un indio no puede emanciparse de la situación tutelar y adquirir, por lo tanto, los derechos de ciudadanía hasta que haya cumplido 21 años y a condición de que tenga la debida preparación para desempeñar una actividad útil..." eliminaría a la mayoría de los indígenas del ejercicio de los derechos políticos.

Por otra parte, existen Estados en los cuales se aplica una política integracionista, sin que exista ningún cuerpo sistemático de disposiciones legales que constituyan un régimen jurídico aplicable a las poblaciones indígenas; considerándose que los integrantes de estas poblaciones son titulares de todos los derechos y todas las obligaciones de los otros nacionales del país.

Es así como en Argentina, de conformidad con el artículo 16 de la Constitución Nacional que consagra el principio de la igualdad ante la ley, los indígenas son ciudadanos que gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones que el resto de los habitantes del territorio argentino y, entre otras cosas, están empadronados a los efectos del ejercicio de los derechos cívicos y del cumplimiento del servicio militar<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *Ibid* Art. 5. Se aplican a los indios o habitantes de las selvas las normas de los artículos 145 y 146 de la Constitución Federal relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía.

*Párrafo único.* El disfrute de los derechos civiles y políticos por el indio depende de que se cumplan las condiciones especiales establecidas en la presente ley y en la legislación pertinente.

Art. 6. Los usos y costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas y sus efectos serán respetados en lo relativo a la familia, orden de sucesión, distribución de las propiedades y actos o negocios entre indios, a menos que opten por la aplicación del derecho común.

*Párrafo único.* Se aplicarán a las relaciones entre indios no integrados y personas ajenas a la comunidad nativa las normas de derecho común salvo en la medida en que sean menos favorables a los primeros, con la debida excepción de las disposiciones de la presente ley".

En el capítulo II ("Asistencia o Tutela" de la parte II Derechos Civiles y Políticos") de la Ley 6.001 se dispone lo siguiente:

2. La tutela queda asignada a la Unión que la ejercerá por conducto del organismo federal competente de asistencia a los habitantes de la selva.

Art. 8. Los actos realizados entre el indio no integrado y toda persona ajena a la comunidad indígena son nulos y sin valor, si no están asistidos por el organismo tutelar competente.

*Párrafo único.* Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará al caso en que el indio demuestre comprender y conocer el acto realizado, siempre que no sea perjudicial para él, el alcance de los efectos del mismo.

<sup>15</sup> Declaración del Gobierno de la Argentina. *DOC. UN. E/CN. 4/Sub. 2/476 Add 2 Párr. 138.*

En Chile, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980 asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y en su artículo 1° respecto a las Bases de la institucionalidad establece que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Se ha señalado: "La política de Gobierno hacia las minorías étnicas propende, en general, a su plena integración al resto de la comunidad nacional, resguardando, eso sí, sus valores culturales. Para el logro de este objetivo las diversas acciones que ejecuta el Gobierno tendientes a superar las condiciones de mayor atraso relativo... se inscriben en el contexto de normas jurídicas y apoyo institucional no excluyentes para el resto de la comunidad que presenta condiciones socioeconómicas análogas al sector mapuche"<sup>16</sup>.

#### IV. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y LAS POBLACIONES INDÍGENAS

En los últimos tiempos y de forma cada vez más insistente un número importante de grupos y pueblos indígenas han exigido, además del reconocimiento de su identidad, cierto grado de autonomía y libre determinación.

En el tercer seminario de las Naciones Unidas sobre los recursos y otras formas de protección de que disponen las víctimas de la discriminación racial y actividades que han de emprenderse a nivel nacional y regional, celebrado dentro del marco del Decenio de Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, en Managua, Nicaragua, del 14 al 22 de diciembre de 1981, al resumir el debate acerca de estas cuestiones se afirmó lo siguiente: "La libre determinación en sus múltiples formas era la condición previa fundamental para que las poblaciones indígenas pudieran disfrutar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro a la vez que preservar, desarrollar y transmitir su carácter étnico concreto a las generaciones futuras"<sup>17</sup>.

Conjuntamente con lo anterior, estos mismos grupos indígenas han reaccionado vigorosamente a cualquier sugerencia de que son un caso especial de "minorías" cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y no "pueblos" titulares del derecho a la libre determinación<sup>18</sup>.

Al respecto, autores como Cristescu y Gros Espiell han declarado categóricamente que las minorías no tienen derecho a la libre determinación<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Consejo Económico y Social. Informe Comisión Situación Mapuche. Diciembre, 1986. pág. 6.

<sup>17</sup> Informe de seminario (ST/HR/SER. A/11), párr. 58, letra m.

<sup>18</sup> El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a obtener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

<sup>19</sup> A. CRISTESCU, "The Right to Self - Determination Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments", New York, 1981, Sales, N° E. 80 XIV 3.

Gros Espiell "El Derecho a la Libre Determinación; Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas". Publicación de las Naciones Unidas N° de venta S. 79 XIV S.

Cristescu ha dicho: "El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"<sup>20</sup>.

A su vez, Gross Espiell señala: "La libre determinación es un derecho de los pueblos, es decir de un tipo específico de comunidad humana, unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común. Los pueblos en cuanto tales son los titulares del derecho a la libre determinación. El derecho internacional de hoy no hace titulares de este derecho a las minorías"<sup>21</sup>.

Por otra parte, Ermacora distingue entre minorías e indígenas: "Aborígenes are not considered and not legally treated as minorities. There is a clear distinction between these two groups of persons from the historical, cultural, factual, biological and legal point of view. In the different studies on aborígenes definitions have been elaborated. These definitions show that aborígenes are existent by their nature, minorities, however exist due to governments acts of States or due to international law. As a consequence of all this aborígenes are anterior in a certain territory"<sup>22</sup>.

Para Ermacora, lo anterior se traduce en que la protección de los indígenas tiene características especiales, que no sólo consisten en medidas de prevención de la discriminación racial, ni sólo medidas económicas y sociales, sino también en la creación de un tipo de autodeterminación denominado "etnodesarrollo".

En la Declaración de San José adoptada el 11 de diciembre de 1981, como resultado de la Reunión de Expertos sobre Etnocidio y Etnodesarrollo en América Latina, se afirmó que el "etnodesarrollo es un derecho inalienable de los grupos indios", definiéndose como "la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que considere e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es una unidad política administrativa con los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión"<sup>23</sup>.

Martínez Cobo ha manifestado que "la libre determinación en sus múltiples formas se plantea como condición esencial por las poblaciones indígenas para poder disfrutar de sus derechos fundamentales y a determinar su futuro"<sup>24</sup>.

Asimismo, en cuanto a su contenido, Martínez Cobo sostiene "que este derecho se plantea a diversos niveles e incluye factores económicos, sociales y culturales, además de los políticos, y consiste fundamentalmente en la libre decisión de los propios pueblos indígenas que han de crear en gran medida el contenido de este principio, tanto en sus expresiones internas como en sus expresiones externas que no implican necesariamente la facultad de separarse

<sup>20</sup> *Ibid.* CRISTESCU, párr. 279 c.

<sup>21</sup> *Ibid.* GROSS ESPIELL, párr. 56.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 29. I.

<sup>23</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1982/2 Add 1 Anexo VI.

<sup>24</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 8 Párr. 580.

del Estado en que viven y constituirse como entidades soberanas. Esta facultad puede bien manifestarse como diversas formas de autonomía dentro del Estado e incluso del derecho individual y colectivo a ser diferente y ser considerados diferente”<sup>25</sup>.

A su vez Martínez Cobo sostiene:

“La unidad que preocupa legítimamente a numerosos Estados, sobre todo los de más reciente surgimiento a la vida independiente, puede lograrse más cabalmente y a niveles más profundos a través de una auténtica diversidad respetuosa de las diferencias entre los grupos existentes que reivindican una realidad diferenciada dentro de la sociedad global. La anhelada unidad será más lograda si se basa sobre la diversidad que si busca sustentarse sobre una uniformidad que no corresponde a los sentimientos profundos de los pobladores. En esa diversidad cada grupo participaría más plenamente, pues lo haría a base de sus propias concepciones, valores y patrones y no pretendiendo hacerlo a través de vías de expresión que le son extrañas.

“La diversidad en sí no es contraria a la unidad. Tampoco la uniformidad en sí produce necesariamente la deseada unidad. Puede, en efecto, haber debilidad y hostilidad en la uniformidad producida artificialmente y, por el contrario, fortaleza en la diversidad coordinada dentro de un todo armónico, aunque polifacético, a base del respeto a la especificidad de cada uno de los componentes.

“Pluralismo, autogestión, autogobierno, autonomía y autodeterminación dentro de una política de etnodesarrollo, como la define la Declaración de San José, parece ser la fórmula que reclaman los tiempos en que vivimos actualmente y que haría justicia a las aspiraciones de deseos de las poblaciones indígenas que han estado sometidas a interferencia e imposiciones de todo tipo o por tanto tiempo. Se tiene la convicción de que siguiendo esos lineamientos no se estarían fomentado diferenciaciones artificiales ni separatismos donde estos sentimientos no existen, sino meramente reconociendo la realidad multiforme de las sociedades de los Estados en que viven poblaciones indígenas”<sup>26</sup>.

Ante la afirmación que dice que los Estados en donde viven poblaciones indígenas rechazarán sus demandas de libre determinación fundándose en el temor de que ello conducirá a su desintegración, Eric Lucas dice que “gran parte de lo que se entiende por libre determinación podría serles concedido si se lo busca dentro del principio de libre administración que tiene implicancias menos peligrosas”<sup>27</sup>.

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la situación de una parte de la población nicaragüense de origen miskito<sup>28</sup>, dicho organismo señala que en el estado actual del Derecho Internacional no se puede considerar que los grupos étnicos, como es el caso de los miskitos, posean un derecho a autonomía política y libre determinación. Ello dado que por una parte con la adopción en 1960 de la Resolución 1514 (XV) por la

<sup>25</sup> *Ibid.* Párr. 581.

<sup>26</sup> *Ibid.* Párr. 403.

<sup>27</sup> Eric LUCAS, “Indígenas — Hacia una Declaración Internacional sobre los Derechos a la Tierra”. La Revista. Comisión Internacional de Juristas N° 33, diciembre, 1984.

<sup>28</sup> C.I.D.H. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito. OEA/Ser. L/V/II/82 Doc. 10 Rev. 3.

Asamblea General de Naciones Unidas sobre la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, el principio de libre determinación quedó identificado por el Organismo Universal con las luchas de liberación de los pueblos coloniales en territorios no metropolitanos y por otra con la Resolución 2625 (XV) intitulada Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas nunca podrá entenderse "en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos".

Por el contrario, la Comisión reconoce que de conformidad al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los miskitos tienen derecho a una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión, y en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural; a ello, según la Comisión, deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales.

Asimismo, el Informe en cuestión reconoce la necesidad de establecer en relación con las minorías étnicas, tales como los miskitos, un adecuado ordenamiento institucional, diseñado con amplia consulta y ejecutado con la directa participación de dichas minorías.

En las sesiones del "Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas"<sup>29</sup> países como Nueva Zelanda han sostenido que las políticas y programas que permiten a un pueblo determinar su propio lugar en la sociedad, y el lugar de su cultura y tradiciones en la sociedad, son preferibles a la asimilación, por lo cual son aceptables ciertas formas de autonomía para las poblaciones indígenas dentro de la estructura del Estado que integran.

Un principio guía, ha sostenido Noruega, debería ser el que las poblaciones indígenas tengan influencia en el proceso de decisión de sus propios asuntos. Canadá ha reiterado su voluntad de establecer estructuras de autogobierno en el nivel local a través de negociaciones respecto a las poblaciones indígenas del Artico.

El observador de la Santa Sede se ha referido al "derecho de las poblaciones indígenas a un ambiente territorial, cultural, económico y político en el cual puedan desarrollar su propio sistema de vida como miembros de la comunidad de las Naciones". En especial, ha enfatizado lo dicho por el Papa Juan Pablo II en enero de 1985 en Latacunga donde se refirió al derecho "de ser capaz de determinar su propio gobierno en sus comunidades" como "una legítima aspiración" y lo afirmado por S.S. en septiembre de 1984 a los aborígenes canadienses en Fuerte Simpson, en el cual él habló de "autodeterminación en sus propias vidas como pueblos nativos" y "el derecho a desarrollar sus tierras y potencial económico, como a educar a sus hijos y a planificar su futuro".

<sup>29</sup> Un interesante análisis de las posiciones sostenidas por los Estados en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas sobre el derecho de autodeterminación, lo encontramos en el artículo de Russel Lawrence BARSH "Current Developments. Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law". Ver nota 3.

V. LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS, EN ESPECIAL EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA "TIERRA INDÍGENA" COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL EN LA ELABORACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DICHAS POBLACIONES

Desde hace algunos años los derechos de las poblaciones indígenas han ocupado un lugar importante en el temario de los organismos internacionales que se ocupan de derechos humanos y en los últimos cinco años se ha venido reuniendo anualmente para escuchar los puntos de vista de los indígenas un Grupo de Trabajo especial sobre el tema en Naciones Unidas. Una de sus tareas ha sido la de prestar atención especial a la elaboración de normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas<sup>30</sup>.

Este aspecto ha sido enfatizado, desde que en agosto de 1984 la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías pidió a este Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que "en adelante centre su atención en la elaboración de normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas y que vincule su examen de los acontecimientos que afecten a los derechos de las poblaciones indígenas con el proceso de elaboración de las normas internacionales al respecto"<sup>31</sup>.

Es así como este Grupo de Trabajo ha elaborado, en forma preliminar, un Proyecto de Principios identificando los siguientes derechos en los cuales ya habría consenso:

1. El derecho al pleno y efectivo disfrute de los derechos y libertades fundamentales reconocidos universalmente en el derecho internacional existente, y en particular en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

2. El derecho a ser libres e iguales a todos los demás seres humanos en cuanto a dignidades y derechos, y no estar sujeto a discriminaciones de tipo alguno.

3. El derecho colectivo a existir y a ser protegidos contra el genocidio así como el derecho individual a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la persona.

4. El derecho a manifestar, enseñar, practicar y observar sus propias religiones y ceremonias religiosas y a mantener y proteger los lugares dedicados a esos fines y tener acceso a ellos.

5. El derecho a todas las formas de educación, inclusive el derecho a tener acceso a la educación en sus propios idiomas, y a establecer sus propias instituciones de enseñanza.

6. El derecho a preservar su identidad y tradiciones culturales y a llevar adelante su propio desarrollo cultural.

7. El derecho a fomentar la información y la educación intercultural, reconociendo la dignidad y diversidad de sus culturas<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de la importancia de los derechos antes señalados, el problema de los derechos a la tierra de las poblaciones indígenas constituye el más

<sup>30</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1985/22, párr. 1.

<sup>31</sup> Resolución 1984/35 B Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

<sup>32</sup> Ver nota 30, Anexo II.

importante y controvertido aspecto en las relaciones entre las poblaciones indígenas y los Estados en que ellos viven; punto de máxima preocupación internacional y elemento fundamental para definir los derechos humanos de estos pueblos.

El reconocimiento y protección del derecho a la tierra es hoy la base de todos los movimientos y reclamaciones indígenas, ligándose de manera indisoluble con la conservación de la vida y la cultura de estas poblaciones.

Según Swepston<sup>33</sup>, quien participa de una tesis semejante, la pérdida de sus tierras ancestrales por parte de las poblaciones indígenas trae consigo la desintegración de sus culturas.

Se ha indicado<sup>34</sup> que el conflicto parte del hecho de que los descubridores, conquistadores y colonos que invadieron los territorios antes sólo indígenas procedían de un mundo en el que regía el concepto de propiedad privada individual, sea que se basara en las normas del derecho romano o en el "common law". Estas concepciones imprimieron a la posesión territorial marcadas características secularizantes e individualistas, pudiendo disponerse de ella libremente según los tres elementos connaturales de esa noción de propiedad: el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*.

Por el contrario, los pueblos indígenas tenían y tienen una relación única y espiritual con su territorio, que es diferente del concepto europeo de propiedad. Entre los indígenas el concepto de tenencia de la tierra está basado en la comunidad, siendo su naturaleza sagrada, no enajenable ni rentable.

A través de los mecanismos de la sucesión de una generación a la siguiente, las comunidades, familias y personas no adquirían derecho de propiedad sobre la parcela de que gozaban aunque ésta les llegase en línea directa. En efecto, sólo gozaban de un derecho de usufructo y la preferencia en el uso de la parcela ancestral, con la consiguiente obligación de gozar de ella en la forma prescrita por la ecología y la costumbre y de no dejarla ociosa por tiempo indefinido.

La propiedad de la tierra era mantenida en común por toda la comunidad y cada grupo o subgrupo o unidad familiar recibía sólo el usufructo de una parcela. Había un "derecho individual de ocupación", mientras que existía sólo un "derecho comunal de enajenación".

El sistema colonial permitía la existencia de dos sistemas de propiedad, el occidental, de propiedad privada individual, y el indígena, de propiedad comunal más o menos estable mientras duró la sujeción colonial.

Cabe hacer presente que la invasión de las tierras más accesibles y mejores para la agricultura o para la ganadería y las consideradas idóneas para la extracción minera por los nuevos pobladores obligó a los indígenas a retirarse a tierras menos deseables y menos productivas.

Con la independencia de los nuevos Estados americanos, el precario equilibrio anterior se quebró, siendo así que en Iberoamérica las leyes de desamortización de los bienes que se llamó de "manos muertas" comprendieron no sólo las asociaciones monásticas y conventuales y otras corporaciones eclesiásticas sino también explícitamente las comunidades indígenas, aunque el propósito

<sup>33</sup> Lee SWEPSTON, "Latin American Approaches to the Indian Problem". *International Labour Review*, 1978.

<sup>34</sup> Ver Doc. UN, E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 4, párr. 50-75.

principal era lograr la separación del poder civil y el religioso al destruir el régimen de propiedad territorial de la iglesia colonial.

Al atacarse la tenencia comunal indígena, la titulación individual de las tierras de la comunidad a base de nociones de propiedad privada pudo realizarse en los lugares directamente sujetos al control de las autoridades públicas y tomó características más firmes en las áreas que afectó al consolidarse las intituiones sociales y políticas de los nuevos Estados. La tierra indígena que así fue fraccionada pasó muy pronto a manos extrañas, en particular a propietarios agrícolas no indígenas, sustrayéndose así la base territorial de las comunidades indígenas.

A impulsos de la revolución mexicana empezó a valorizarse en América la importancia de la conservación y protección de las culturas y tradiciones indígenas.

Con ello, algunos sistemas jurídicos comenzaron a prever un régimen especial aplicable sólo a las tierras indígenas, estipulándose ciertas limitaciones o restricciones a las facultades de alienación, de división, de gravamen o de embargo o ejecución para garantía de obligaciones de sus poseedores.

Así, en Costa Rica, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto Ejecutivo 5904-G reformado, las reservas indígenas son inalienables, incedibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan<sup>35</sup>.

Asimismo la Ley Federal de Reforma Agraria Mexicana establece que los derechos sobre las tierras comunales, forma tradicional de uso de ella entre los indígenas de ese país, reconocida por la Constitución, son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles<sup>36</sup>.

Por último, podemos citar el ejemplo de Colombia, donde una de las principales formas de ocupación de tierras por poblaciones indígenas está constituida por los "resguardos", los cuales son poseídos colectivamente por las comunidades indígenas y su alienación ha sido ilegal desde el siglo XVII. La Ley N° 19 dispone que la división de las tierras de resguardo deben efectuarla comisiones especiales costeadas por el Estado y nombradas por cada gobernación. El repartimiento puede hacerse por cabeza o por familia y las comisiones están facultadas para fijar el número de hectáreas que ha de corresponder a cada individuo o familia indígena<sup>37</sup>.

Por otra parte, el Convenio 107 de 1957 de la O.I.T. reconoce en su

<sup>35</sup> El artículo 6 del Decreto Ejecutivo 5904-G reformado de Costa Rica, dice: "Las Reservas indígenas son inalienables, incedibles y exclusivas para las comunidades indígenas, que las habitan. Los no indígenas sólo podrán negociar sus tierras con otros indígenas. Toda venta entre indígenas y no indígenas es nula con las consecuencias legales del caso.

Para mayores antecedentes sobre la legislación de Costa Rica en materia de tierras indígenas se sugiere revisar la Ley 5.251 y los Decretos Ejecutivos 5904-G, 6036-G, 6037-G y 6688-G.

<sup>36</sup> El inciso VII del artículo 27 de la Constitución Mexicana establece: "Los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan, o que se les haya restituido o restituyeren".

Ver Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 4, párr. 19.

<sup>37</sup> Para un estudio del sistema de tenencia indígena en América Latina y en especial en Colombia vea Sweptston "Latin American approaches to the Indian Problem". Op. citada, ver nota 33.

artículo 11 "el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas".

El referido Convenio prescribe disposiciones tendientes a resguardar que los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra por las costumbres de las poblaciones indígenas sean respetados por las legislaciones nacionales<sup>38</sup>, a que el traslado de las poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales sea considerado siempre como una medida excepcional que ha de tomarse con todas las precauciones necesarias<sup>39</sup> y, por último, a que los programas nacionales de reforma agraria no resulten en detrimento de las poblaciones indígenas<sup>40</sup>.

En 1975 la Conferencia Mundial para combatir el Racismo y la Discriminación Racial<sup>41</sup> apoyó el derecho de las poblaciones autóctonas a conservar

<sup>38</sup> El artículo 13 del Convenio 107 de 1957 de la O.I.T. prescribe:

1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión, deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan".

<sup>39</sup> El artículo 12 *Ibid.* señala.

1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierra de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieren recibir una compensación, observándose las garantías apropiadas.

3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

<sup>40</sup> El Artículo 14 *Ibid.* establece:

"Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya poseían.

<sup>41</sup> La Conferencia Mundial para combatir el racismo y la discriminación racial se celebró en Ginebra, del 14 al 25 de agosto de 1978. En esta conferencia estuvieron representados 125 Estados. La Conferencia adoptó una Declaración que en sus párrafos 20 y 21 contiene alusiones directas a las minorías nacionales, étnicas o de otro tipo y a las poblaciones indígenas, respectivamente, así como en el párrafo 27 contiene un programa de acción que contempla medidas de tipo general en el plano nacional que aunque no están dirigidas directamente a ellas, son aplicables a las poblaciones indígenas (párrafo 1-i-XIII, 2, 3 y 7), Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/476 Add 4 Anexo.

su estructura tradicional de economía y cultura y "reconoce también la relación especial de las poblaciones autóctonas con su territorio y subraya que no se las debe privar de sus tierras, de sus derechos a los mismos, ni de sus recursos naturales".

Posteriormente, en 1981, la Declaración de San José textualmente señaló: "Para los pueblos indios la tierra no sólo es un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión"<sup>42</sup>.

Los conceptos antes indicados, además de ser reivindicados por las organizaciones indígenas, como asimismo por organismos no gubernamentales preocupados de los derechos humanos de los pueblos indígenas, han sido recogidos en gran parte por Martínez Cobo en su Informe<sup>43</sup>.

En efecto, en dicho documento se reconoce el derecho natural e inalienable de los pueblos indígenas a conservar los territorios que poseen y a reivindicar las tierras de las cuales han sido despojados, como asimismo el derecho al patrimonio natural y cultural que el territorio contiene y a determinar libremente el uso y aprovechamiento de éste.

Martínez Cobo sostiene que la posesión milenaria o inmemorial debería bastar para establecer el título indígena a la tierra, que este título debería ser objeto de reconocimiento oficial y del consiguiente registro. En este caso, el reconocimiento significa únicamente la admisión de una situación de facto que serviría de base para la existencia de un derecho.

Como medidas concretas de defensa de la tierra indígena, Martínez Cobo propone, entre otras, las siguientes:

1. El reconocimiento a nivel internacional y nacional y protección plena por ley del derecho de las poblaciones indígenas a la propiedad comunitaria de sus tierras y a la administración de ésta de conformidad con sus propias tradiciones y cultura.

2. La división de las tierras propiedad de las comunidades indígenas sólo a petición, explícita y reiterada, de los "comuneros" y como resultado del consenso claro y comprobado de éstos y expresado por conducto de sus instituciones tradicionales.

3. La participación de las poblaciones indígenas en todo proceso de toma de decisiones sobre proyectos de desarrollo a realizar en sus propios territorios o en las tierras donde vivían o cualquier otro proyecto que tuviera repercusiones en su modo de vida.

4. El establecimiento de un régimen de protección de la tierra indígena para evitar que los indígenas sean despojados directamente de ella, que se les expropie deliberadamente o que se vean obligados a enajenarla.

<sup>42</sup> La Declaración de San José fue adoptada por aclamación el 11 de diciembre de 1981 como resultado de la Reunión de Expertos sobre Etnocidio en América Latina, convocada por la UNESCO y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y que se celebró en La Catalina, Santa Bárbara de Heredia, Costa Rica, Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1982/2 Add 1, Anexo IV.

<sup>43</sup> Las Propuestas y Recomendaciones de Martínez Cobo sobre el problema de la "Tierra indígena" pueden verse en Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 8, párr. 509-574.

Ese régimen, sostiene Martínez Cobo, debería comprender por lo menos disposiciones que limitaran la enajenación, los gravámenes y embargos y la prescripción debería tener carácter preventivo, ya que tendría escasa utilidad cuando la tierra ya se hubiera perdido.

5. El reconocimiento del derecho de todos los pueblos indígenas, como mínimo, a que se les devuelva y se someta a su control una extensión suficiente y adecuada de tierra, que les permita llevar una existencia económicamente viable, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones y desarrollarse plenamente a su propio ritmo.

En el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas se ha evaluado negativamente el papel de los organismos internacionales de desarrollo, cuyos programas y proyectos afectarían a las poblaciones indígenas.

Entre los argumentos utilizados se encuentra el de que se producirían efectos negativos sobre la tierra y los recursos naturales, estilos de vida y otros aspectos de la vida de las poblaciones indígenas. Por otra parte, los Gobiernos con los cuales cooperan esos organismos han sostenido que la solución de los problemas concernientes a las cuestiones indígenas tiene que considerarse dentro del contexto del desarrollo económico-social, proceso en el cual se insertan esas poblaciones.

Se advierte, en consecuencia, la necesidad de incorporar perspectivas globales de desarrollo en el debate que se desenvuelve en las organizaciones internacionales y en el Grupo de Trabajo especial, que permitan conciliar el interés en privilegiar a grupos específicos con la realidad de las poblaciones de países como los latinoamericanos.

Países como Australia, por ejemplo, han anunciado planes para dar a las comunidades indígenas títulos inalienables de propiedad sobre tierras tradicionales y sagradas, con derecho a veto sobre cualquier programa de desarrollo contrario a los intereses de estas poblaciones<sup>44</sup>.

Otros países, como Chile, han adoptado políticas de desarrollo de la propiedad privada de la tierra indígena.

En 1974 el Gobierno de Chile ofreció la siguiente interpretación de la situación y de la motivación de los indígenas araucanos:

“El terreno de las reservas resulta exiguo para los ocupantes de ellas y los “goces” son muy reducidos. A lo anterior se agrega que los ocupantes muchas veces han de pagar arriendo a comuneros que se han ido de la comunidad; todo lo cual hace insuficiente el producto de la tierra para el mejor sustento de la familia. Por otra parte, como el terreno es de la comunidad y no del que explota el goce, éste no tiene mayor interés en introducir mejoras de consideración en el predio, cercar su goce, abonar debidamente el suelo, construir una mejor casa de habitación, galpones y/o bodegas, corrales, etc. De allí que esas tierras parezcan semiabandonadas, las edificaciones de una pobreza alarmante y la población sumida en el pauperismo. No obstante, cuando se miran las cosas con más cuidado, puede observarse que el indígena invierte sus ahorros en animales que son semovientes y constituyen un capital fácil de licuar en cualquier instante. Los resultados de un censo realizado en algunas comunidades indígenas en los departamentos de La Unión y Río Bueno, que sirven para ilus-

<sup>44</sup> Ver Russel LAWRENCE BARSH, “Indigenous Peoples an emerging object of international Law”. *Op. cit.*, pág. 379.

trar lo anterior, demuestran que la concepción estereotípica del indígena flojo, irresponsable, no corresponde a la realidad. Su forma de vida y moverse no es por último la resultante del sistema de las comunidades indígenas: el indígena que vive en ellas no tiene la obligación de asumir la responsabilidad que importa toda propiedad privada, tan cierto es lo anterior, que cuando el indígena dispone de suelo propio, de su exclusivo dominio, y su superficie permite una explotación medianamente razonable, produce y trabaja encomiablemente. A pocos kilómetros al sur de Temuco, vecinas a la carretera longitudinal, existen dos de estas hijuelas individuales, que constituyen verdaderos modelos de explotación y en las cuales sus dueños realizan labranzas en forma de terrazas.

Ambos propietarios han logrado un buen nivel de vida, disponen de maquinarias agrícolas, abonos, y aun de movilización propia<sup>45</sup>.

Es así como en el Informe que hizo llegar el Gobierno Chileno al Comité para Eliminación de la Discriminación Racial se señala respecto al contenido y objetivos del en esa época recientemente dictado Decreto Ley N° 2568, de 1979, lo siguiente:

“1. La finalidad principal es facilitar a los mapuches el acceso a la propiedad individual de la tierra. En la actualidad, sólo tienen el llamado goce, que no les da título legal de dominio, de las denominadas reservas comunitarias.

2. En la práctica, los comuneros mapuches se han dividido entre sí la tierra, careciendo de título legal por la razón ya indicada. Este les impide obtener créditos y asistencia técnica, quedando en situación de inferioridad respecto de los demás pequeños propietarios del resto de la nación.

3. La nueva ley pone término a dicha situación, abiertamente discriminatoria. En ella se contemplan mecanismos para la obtención de títulos individuales de dominio, en forma gratuita y voluntaria por parte de los interesados. Basta que un comunero se oponga para que la reserva respectiva mantenga su status actual.

4. Desaparecerá el grave problema de la usurpación de las tierras de los mapuches.

5. En caso de optar la comunidad respectiva por la división, cada hijuela deberá coincidir con los goces que los adjudicatarios tienen actualmente.

6. Se contempla para ello un procedimiento simple y expedito, el que además de la gratuidad proveerá asistencia legal a los interesados.

7. Las hijuelas asignadas mediante el nuevo procedimiento serán indivisibles, incluso en caso de sucesión por causa de muerte. Tampoco podrán venderse durante 20 años, salvo autorización del Director del Instituto de Desarrollo Agropecuario, la que se otorgará sólo en los siguientes casos:

- a) cuando el comprador sea mapuche;
- b) cuando se trate de subrogación de tierra por tierra, y
- c) cuando se trate de ventas para fines sociales o educacionales, en beneficio de los propios interesados.

8. Finalizada la etapa de normalización de los títulos, se procederá a indemnizar a aquellos comuneros que, teniendo derechos legales en la reserva, no hayan recibido hijuelas por no vivir ni trabajar actualmente en esas tierras.

<sup>45</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 4, párr. 24,

9. El Gobierno otorgará a los beneficiarios, los descendientes de los antiguos mapuches, el máximo apoyo cultural, educativo, técnico y económico. Dicha asistencia cultural, educacional y socioeconómica deberá operar, conforme a la nueva legislación, "dentro del más estricto respeto de las tradiciones, formas de vida, creencias y costumbres de los mapuches".

10. Se estima que en virtud de este Decreto Ley, este año se otorgarán títulos de dominio a ocupantes de 300 reservas y que la propiedad de los mapuches quedará normalizada dentro de cinco años. La iniciativa de saneamiento debe emanar de los propios interesados. Por lo tanto, aquellas comunidades que prefieran permanecer indivisas y sin título de dominio individual podrán hacerlo, sin que el Estado intervenga en ello.

11. Esta legislación, como se aprecia, entraña un respeto absoluto tanto a la voluntad como a la entidad étnica y cultural de los mapuches"<sup>46</sup>.

Respecto al problema esbozado, podemos agregar que dado que el reconocimiento a las poblaciones indígenas del derecho a sus tierras ancestrales y a su devolución suscita cuestiones polémicas que afectan la esencia de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, delegados gubernamentales en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas han vehementemente sostenido que tanto la concesión de derechos a la tierra como el reconocimiento de la previa ocupación y propiedad de la tierra por los aborígenes no menoscaban en modo alguno la soberanía nacional<sup>47</sup>.

Como otro elemento clave en el respeto del derecho de las poblaciones indígenas a ser diferentes, se ha mencionado el reconocimiento de la lengua o idioma indígena. Se ha cuestionado la escolarización pública orientada a la "desindigenización" y las políticas de marginación, relegación y eliminación de las lenguas indígenas que han seguido la mayoría de los Estados. Se ha venido planteando la necesidad de reconocer la naturaleza plurilingüe y pluricultural de los países en que habitan poblaciones indígenas y la explícita adopción de políticas que permitan y fomenten el mantenimiento, desarrollo y difusión de la especificidad étnica de esas poblaciones y su transmisión a las generaciones futuras.

Al respecto, merece destacarse el caso de Perú, en el cual por Decreto Ley N° 21.156, de 1975, se reconoció el quechua, al igual que el castellano, como lengua oficial del Perú<sup>48</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, se ha planteado la necesidad de reconocer y proteger el derecho de las poblaciones indígenas a mantener, desarrollar y perpetuar su cultura y sus instituciones culturales, sociales y legales mediante su transmisión a las generaciones futuras cuando así lo deseen y hayan manifestado claramente aquellas poblaciones.

Por último, Martínez Cobo ha recomendado ante la coexistencia de un orden jurídico nacional y otros órdenes jurídicos consuetudinarios que rigen la vida de las poblaciones indígenas, lo siguiente:

a) Se respeten los órdenes jurídicos indígenas y se admita la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 169.

<sup>47</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1984/20, pág. 9.

<sup>48</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/476 Add 6, párr. 57.

b) Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias.

c) Se definan los límites del pluralismo jurídico, y se delimiten los espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos aspectos que inevitablemente deben quedar regidos por el orden jurídico nacional, en la medida en que se refieren a la vigencia de valores y derechos considerados internacionalmente en la actualidad como fundamentales e indispensables a la vida contemporánea en sociedad.

d) Se facilite la utilización, por las poblaciones indígenas, del orden jurídico nacional y de una pronta administración de justicia en condiciones de igualdad para la protección de sus derechos y libertades y sin perjuicio del respeto a sus formas jurídicas propias. Para ello deben difundirse los principios del orden jurídico nacional, proveer asistencia jurídica idónea, y adoptarse medidas económicas y procesales que hagan real y no meramente formal dicho derecho a la utilización <sup>49</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Después de siglos de sometimiento de las poblaciones indígenas a políticas de asimilación, que las llevaron en algunos casos al borde de su desaparición total y en otros al de su completa desintegración cultural, el siglo XX ha sido testigo de un creciente interés por el tema de la protección y promoción de los derechos humanos de estas poblaciones.

La realidad latinoamericana demuestra que la población indígena de aproximadamente treinta millones de personas, dedicada principalmente a labores de producción agrícola, se encuentra entre las capas con niveles de bienestar menores de sus respectivas sociedades nacionales, logrando sólo subsistir mediante el cultivo de predios minúsculos, suplementado con trabajo agrícola asalariado o mediante actividades artesanales o comerciales <sup>50</sup>.

En un principio, el interés por las poblaciones indígenas se tradujo en la elaboración de medidas de marcadas características proteccionistas e integracionistas enfocadas principalmente al mejoramiento económico y social de los grupos indígenas, basados en la aplicación de una legislación especial.

Este interés se ha acrecentado en esta última década con la interrelación de problemas seculares de los grupos aborígenes con recientes controversias que se han planteado en el seno de los Estados en que ellos habitan, con claras repercusiones internacionales, como es el caso de América Central. Dentro de este marco, se han vulnerado derechos humanos fundamentales de poblaciones indígenas, tales como los miskitos en Nicaragua, los mayas en Guatemala <sup>51</sup>, etc.,

<sup>49</sup> Doc. UN. E/CN. 4/Sub. 2/1983/21 Add 8, párr. 488.

<sup>50</sup> Véase John DURSTON, "Pobreza indígena en América Latina. Aspectos estructurales", en CEPAL-ILPES-UNICEF "Pobreza, Necesidades Básicas y Desarrollo", Santiago de Chile, 1982.

<sup>51</sup> Véase C.I.D.H. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala, O.E.A./Ser. L/V/II 53 Doc. 21 Rev. 2 y Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala O.E.A./Ser. L/V/II 66 Doc. 16.

que han requerido la acción de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tradicionalmente no vinculados a la protección de estas poblaciones.

Las políticas proteccionistas e integracionistas, mayoritarias en los Estados donde viven estos grupos indígenas, y que fueron impulsadas especialmente por la acción de la O.I.T. a través del Convenio 107 de 1957, han sido fuertemente criticadas por grupos no gubernamentales principalmente indígenas, por el hecho, se dice, de no respetar las características propias de dichas poblaciones y ser formuladas sin su participación.

Lo anterior coincide con una toma de conciencia por parte de los propios pueblos indígenas de su derecho a ser considerados diferentes, al derecho de transmitir su propio patrimonio cultural y a determinar libremente su destino, como asimismo a un reconocimiento de estos derechos en declaraciones emanadas de conferencias internacionales auspiciadas por organismos de Naciones Unidas como aquella en que se aprobó la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales en 1978.

Punto crucial en las reivindicaciones indígenas constituye el reconocimiento de su derecho a la propiedad de la tierra ancestral y al respeto de su forma de explotación y tenencia tradicional.

Como se ha analizado, se ha sostenido principalmente en los foros internacionales que la conservación del patrimonio cultural indígena y su subsistencia como grupo diferenciado está íntimamente ligada a la conservación de sus "comunidades agrícolas", lo cual justificaría la elaboración de disposiciones especiales, que impidieran la libre disposición de las tierras comunales, las cuales serían inalienables, incedibles y sólo posible de enajenar a otros indígenas.

Ahora bien, el reconocimiento de las poblaciones indígenas del derecho a sus tierras ancestrales y a su devolución, y al derecho a la autonomía y libre determinación reivindicado por ciertos grupos indígenas autores suscita cuestiones polémicas que afectan a la esencia de la soberanía y la integridad territorial de los Estados.

Al respecto, es necesario tener presente que el derecho a libre determinación en su regulación por las Naciones Unidas ha sido configurado como un derecho de los pueblos sometidos a la dominación colonial extranjera. No se refiere a los pueblos ya organizados bajo una forma estatal en los que no se da esa dominación. Las Resoluciones de la Asamblea General N1514 (XV) y 2625 (XXV) condenan cualquier intento dirigido a destruir total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país.

De acuerdo a lo anterior, el Derecho Internacional en su estado actual no reconocería a las poblaciones indígenas un derecho a la libre determinación que los habilitara a la secesión de un Estado constituido como tal y si se pretendiera invocarlo para romper la unidad territorial y la integridad territorial de uno de ellos, se estaría haciendo una aplicación abusiva contraria a los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas.

Ahora bien, se ha enfatizado en la necesidad de respetar las realidades diferenciadas dentro de un Estado. Se ha sostenido que la anhelada unidad, que tan legítimamente buscan los Estados, sólo será lograda si se basa sobre el respeto y reconocimiento de la diversidad, que si busca sustentarse sobre una uniformidad que no corresponde a los sentimientos profundos de las diversas poblaciones coexistentes.

Al parecer, sólo una política como la expuesta, como asimismo una efectiva igualdad de facto y no sólo de jure, en el goce de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de las poblaciones indígenas con el resto de la población, evitaría el agudizamiento de tensiones entre ellas, que pudiera llevar a una efectiva destrucción nacional.

Para ser posible esa referida igualdad, es necesario que se elaboren respecto de las poblaciones indígenas adecuadas estrategias de desarrollo que, respetando sus costumbres y tradiciones propias, les permitan salir del estado actual de pobreza y aislamiento, insertándolos en el sistema económico moderno, mediante un adecuado acceso tanto a los recursos productivos y al mercado como a los recursos tecnológicos y financieros.

Como puede apreciarse, el tema de las poblaciones indígenas está recientemente planteándose en el Derecho Internacional, no advirtiéndose aún soluciones universales válidas, pero sí un creciente consenso en la necesidad de mejorar la condición de vida de estos grupos y respetar su propia identidad étnica y cultural, dentro del marco de un mundo caracterizado por una vez más acentuado interés por el respeto de los derechos humanos tanto individuales como colectivos.