

Autor:	AYLWIN, José
Título:	El Derecho de los Pueblos Indígenas a la tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales
Extensión:	35 páginas
Año Publicación:	2002
Editor:	Organización de Estados Americanos (OEA)
Link:	http://www.derechosindigenas.cl/Documentos/Nacionales/tierras_yterritorios.doc

**El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina:
Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales.**

**José Aylwin O.*
Octubre 2002.**

Documento a ser presentado en la “Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios” convocada por la Organización de Estados Americanos a celebrarse en Washington D.C. el 7 y 8 de noviembre de 2002.

* Abogado, Coordinador del Programa de Derechos Indígenas del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile.

En el presente documento se analiza la situación del derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de los pueblos indígenas de América Latina. En la primera parte se incorporan antecedentes generales relativos a los pueblos indígenas en la región, así como a la población que los integra, y a su relación con la tierra y el territorio desde tiempos precolombinos hasta la fecha. Se esbozan, además, las principales instituciones, normas y políticas aplicadas a los indígenas durante el período colonial primero y, más tarde, durante el período republicano, resultando en el despojo de parte importante de sus territorios ancestrales. Se da cuenta de las reformas agrarias y de las políticas indigenistas impulsadas por los Estados de la región durante el siglo XX, así como de sus implicancias para los indígenas. Se describen las demandas que los indígenas han levantado en las últimas décadas en relación con sus tierras, territorios y recursos naturales, así como su recepción en los ordenamientos jurídicos de los Estados en la región. Se analizan también las políticas impulsadas en la materia en los últimos años por algunos de estos Estados (Bolivia, Brasil y Chile), identificando sus avances, dificultades y contradicciones. Finalmente, se esbozan las tendencias hoy imperantes en este ámbito en base a los lineamientos y orientaciones que en los últimos años han sido establecidos en el derecho y la doctrina internacional.

El trabajo que aquí se presenta ha tenido como un antecedente principal el documento sobre "El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos" elaborado por el autor para la Unidad de Desarrollo Agrícola de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) entre los años 2000 y 2001.

1. ANTECEDENTES GENERALES.

1.1. Población indígena.

Si bien las definiciones de los que son considerados indígenas son diversas (ver Recuadro) y las cifras censales al respecto son en muchos casos poco confiables, las estimaciones de la población indígena actual en América Latina varían entre 40 (Stavenhagen 1997: 62) y 50 millones (Díaz Polanco 1991: 10), representando alrededor de un 10 por ciento de la población total de la región (Bello y Rangel (CEPAL) 2000: 1). Dicha población incluye más de 400 grupos identificables, los que van desde los pequeños grupos selváticos amazónicos, hasta las sociedades campesinas de los Andes, que suman varios millones de personas (Stavenhagen 1997: 62). Las diferentes situaciones geográficas en que viven los indígenas han llevado a algunos analistas a distinguir entre los indígenas de las "tierras altas", como las existentes en partes de México, América Central y los Andes, cuyas economías verticales se basan en el uso de distintos pisos ecológicos, y los indígenas de las "tierras bajas", como las del Amazonas, cuyas economías horizontales posibilitan una mayor movilidad a lo largo de los ríos allí existentes (Plant y Hvalkof 2000: 22)

El peso demográfico de los indígenas al interior de los Estados latinoamericanos varía también de un caso a otro, siendo México y Perú, con alrededor de 10 millones de indígenas cada uno, los países que tienen la población indígena cuantitativamente más numerosa de la región. Poniendo en crisis el concepto de minorías étnicas o lingüísticas tradicionalmente utilizado para denominarlos, en países como Guatemala y Bolivia los indígenas constituyen la mayoría de la población, en tanto que en Perú y Ecuador representan alrededor de la mitad de la población total. Ello en contraste con países como Venezuela y Brasil donde la población indígena no alcanza a un uno por ciento de la población total en ellos existente (ver Cuadro 1).

Definición de Relator Especial de Naciones Unidas Sr. Martínez Cobo sobre comunidades, pueblos y naciones indígenas.

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Martínez Cobo 1986/7)

1.2. Antecedentes históricos.

Se estima que en tiempos precolombinos se hablaban más de 2.000 idiomas indígenas diferentes en el continente americano (Berdichewsky 1972: 40-41). Las formas de organización social y política variaban desde aquellas complejas de los aztecas, mayas e incas hasta las más simples de las sociedades silvícolas de la Amazonía. Sus patrones de subsistencia también diferían, incluyendo a pueblos con gran desarrollo de la agricultura y ganadería, hasta aquellos que vivían fundamentalmente de la caza y la recolección. No obstante lo anterior, todos estos pueblos tenían una base territorial reconocida por ellos mismos y por los pueblos vecinos. Sobre dichos territorios las autoridades de cada pueblo ejercían jurisdicción, la que incluía potestades jurídicas, políticas y militares, entre otras. La tierra para los indígenas tenía un significado amplio, comprendiendo no solo la superficie, sino los recursos naturales - flora, fauna, ríos, lagos, etc. - que había en ella. En contraste con el concepto de propiedad individual propio de la cultura occidental, la tierra y los recursos eran generalmente poseídos y utilizados en forma comunitaria por los indígenas. Ello sin perjuicio del usufructo que se entregaba a los grupos familiares, en particular en las sociedades agrícolas. La tierra era considerada sagrada por los indígenas, siendo ella identificada en muchas culturas como una madre¹. De acuerdo a este concepto, la tierra y los recursos naturales debían ser cuidados y protegidos para las siguientes generaciones (van den Berg, en van den Berg y Schiffers comps. 1993: 291; Ñanculef 1989: 9).

Desde la llegada de los europeos a la región, hace ya cinco siglos atrás, los indígenas fueron objeto de procesos de subordinación militar, jurídico, político, económico y cultural por parte de quienes se establecieron en sus territorios y de sus descendientes. La conquista de nuevas tierras para sus respectivos monarcas fue uno de los objetivos centrales de los españoles y portugueses que arribaron al llamado "nuevo mundo". Ambos colonizadores utilizaron la doctrina del descubrimiento para justificar la apropiación de las tierras que aquí encontraron. En base a las bulas papales de Alejandro VI de 1493, en que se autorizaba a los monarcas de España y Portugal a tomar control de las tierras "descubiertas", así como de sus habitantes - los que debían ser convertidos al cristianismo - los conquistadores reclamaron para si el dominio de las tierras indígenas, sin mayor consideración inicial por sus derechos posesorios.

¹ Conceptos como el de *Pachamama* utilizado por los aymara y el de *Ñuque Mapu* utilizado por los mapuche dan cuenta de esta concepción de la tierra.

La apropiación de las tierras indígenas y recursos naturales fue consecuencia de distintos procesos verificados a lo largo del período colonial. Ella se produjo, en primer término, como consecuencia de las guerras de conquista impulsadas por los europeos en contra de los indígenas, las que resultaron en una drástica disminución de la población originaria y en el desplazamiento de la población sobreviviente hacia otras tierras. Ella fue también la consecuencia de diversas instituciones que los colonizadores aplicaron en el llamado "nuevo mundo". Los españoles utilizaron la encomienda como institución central para fortalecer las economías coloniales y establecer control sobre los indígenas. A través de ella se imponía al indígena (encomendado) el pago de un tributo al conquistador (encomendero), tributo que muchas veces sería pagado con servicio personal y no en especies, por lo que no se diferenciaba mayormente de un régimen de esclavitud. En teoría, la encomienda no permitía a sus titulares apropiarse de las tierras indígenas. Sin embargo, salvo en casos excepcionales, como el del *ayllu* aymara, el que logró subsistir como estructura básica de tenencia de la tierra en el mundo andino, la imposición de esta institución en América hispana significó el desplazamiento de los indígenas de sus tierras ancestrales, y su relegación a los llamados pueblos de indios. Como consecuencia de su aplicación, las tierras indígenas serían en muchos casos apropiadas por los encomenderos (Secretaría de la Reforma Agraria 1998: 17-21; Gongora 1951: 157-162).

En el caso de Brasil, los portugueses aplicaron la *sesmaria*, institución utilizada en Portugal en forma previa a la conquista en virtud de la cual se concedía a los colonizadores tierras no aprovechadas, otorgándoles un plazo (5 años) para su demarcación y aprovechamiento. Cumplidos estos requisitos las *sesmarias* eran confirmadas a sus titulares. Sin considerar los sistemas de cultivos rotatorios de los indígenas, las *sesmarias* se aplicaron sobre sus tierras, resultando en su apoderamiento por los colonos portugueses. En Brasil, como señala Marés, el sentido de las *sesmarias* fue de ocupación, de conquista, sin respeto a las formas de uso indígena de la tierra. Su fin fue el tomar posesión de las tierras en nombre de la Corona portuguesa, en su disputa con España y otras naciones europeas (Marés 2000: 56).

Las ideas liberales que inspiraron los procesos de independencia de los Estados de la región, significaron, por regla general, el término de las instituciones coloniales aplicadas a los indígenas, el reconocimiento jurídico de la igualdad de los indígenas con los demás habitantes, y el sometimiento de las tierras indígenas a las normas del derecho común. Las constituciones de las nacientes repúblicas, inspiradas en los principios de la Revolución Francesa, liberaron a los indígenas de la servidumbre a la que habían sido sometidos durante el período colonial, y declararon a los indígenas ciudadanos libres, con capacidad contractual. Por otra parte, a mediados del siglo XIX se adoptaron en casi todos los países de la región códigos civiles inspirados en el Código de Napoleón, los que privilegiaron las formas privadas de propiedad. En base a estos códigos, los hacendados inscribieron a su nombre gran cantidad de tierras, muchas de las cuales pertenecían a indígenas, resultando en la consolidación de la hacienda improductiva en la región. Los indígenas, que carecían de los recursos y el conocimiento para inscribir sus tierras ancestrales, no solo fueron desplazados de ellas por la hacienda, sino que se vieron forzados a incorporarse a estas últimas como mano de obra. Al interior de las haciendas, los indígenas generalmente recibieron parcelas de subsistencia, a cambio de un trabajo mal pagado (Plant y Hvalkof 2000: 7).

El contexto político y legislativo prevaleciente durante el siglo XIX fue el escenario que posibilitó la apropiación de grandes porciones de tierra hasta entonces en poder de los

indígenas, las que fueron enajenadas a hacendados, militares, etc., muchas veces a través de contratos fraudulentos o a precios irrisorios, o simplemente apropiadas a través de corridas de cercos o expulsión de indígenas. Por otro lado, las incursiones de los ejércitos republicanos en tierras hasta entonces en poder de indígenas, como aquellas ocurridas en Argentina y Chile a fines del siglo XIX o en México en el mismo período a objeto de ampliar las fronteras agrícolas o para hacer posible su colonización con personas no indígenas - preferentemente de origen europeo -, constituyó otro de los mecanismos frecuentes de usurpación de sus tierras. En forma paralela o posterior a la consolidación de estos procesos de expansión de los Estados hacia las áreas indígenas, legislaciones y políticas proteccionistas fueron impulsadas en algunos países reservando algunos espacios territoriales a sus antiguos habitantes. Es el caso de las leyes que reconocieron los resguardos o tierras comunales indígenas en Colombia a contar de 1850 y hasta 1890, y de aquellas dictadas en Chile y Argentina a contar de 1860 creando las llamadas “reducciones” mapuche en el primer caso y las reservaciones en el segundo.

En el mismo período los nacientes Estados dieron impulso a políticas que perseguían la asimilación de los indígenas a las culturas dominantes. Dicha asimilación se manifestó en particular en el ámbito de la educación, donde los indígenas fueron integrados a escuelas que negaban sus lenguas, culturas e historias. La asimilación se expresó además en el ámbito religioso, encomendándose a los misioneros la tarea de cristianizar y “civilizar” a los indígenas por parte de los gobiernos de la época.

A lo largo del siglo XX se impulsarían en distintos países de la región programas de reforma agraria tendientes a enfrentar el problema de la concentración de la propiedad de las tierras rurales en pocas manos y lograr su más justa distribución. Se trata de reformas que, bajo el lema “la tierra para quien la trabaja”, estaban destinadas a posibilitar el acceso de campesinos pobres a la tierra. México en la década del 10, Guatemala en la década de los 40, Bolivia en la década de los 50, y parte importante de los países de la región a contar de la década de los 60 - estos últimos países en el contexto de las políticas propiciadas por Estados Unidos en el marco de la Alianza para el Progreso - impulsaron, con distintos énfasis y con diversos resultados, reformas que apuntaban en esta dirección. Si bien en países como Bolivia, Perú, Guatemala, México y Chile, los indígenas resultarían beneficiados con dichas reformas, accediendo a tierras de las que antes habían sido despojados, lo hicieron en su calidad de campesinos pobres y no de indígenas. Como regla general, no se consideraba la especificidad cultural indígena en la implementación de estos programas. Tampoco se reconocía el carácter comunal que la tierra tiene para los indígenas al dotárseles, en muchas ocasiones, en forma de parcelas individuales. Cabe subrayar además, que las reformas agrarias no fueron aplicadas a los indígenas de las denominadas tierras bajas, tales como la Amazona, ya que las tierras fueron concedidas fundamentalmente con fines agrícolas (Gasperini 2000: 8; Plant 1991: 10).

En el caso de Brasil, donde los procesos de reforma agraria impulsados desde los sesenta no estuvieron orientados hacia la población indígena, sino a campesinos sin tierra, los indígenas serían tutelados desde 1910 por el Servicio de Protección a los Indios, otorgándose amparo legal a sus tierras. Dichas tierras, sin embargo, serían consideradas como *devolutas* (vacantes) resultando en su apropiación por no indígenas. Para mediados de siglo muchas áreas indígenas en el Nordeste y el Sur estaban controladas por no indígenas, siendo los primeros incorporados a las haciendas como trabajadores rurales. Con la instauración del régimen militar en 1964, los programas de ocupación del territorio nacional favorecieron la ocupación de las regiones más apartadas, como la Amazonía, y la

invasión de sus tierras, provocando la muerte y el desplazamiento de miles de indígenas (Heck y Prezlia 1999: 33-37).

A contar de mediados de la década de 1940, y bajo la influencia del gobierno de México, las políticas asimilacionistas hasta entonces impulsadas por los gobiernos de la región en relación a los indígenas son substituidas por otras de carácter indigenista. Por un lado el indigenismo reconoce y denuncia la situación de pobreza y opresión en que se encuentran los indígenas. Por otro lado, considera la población indígena como un obstáculo a la integración y la unidad nacional de los países de la región así como para su progreso y desarrollo. En lo fundamental postula la integración de los indígenas a las sociedades nacionales. En teoría, al menos, sus tierras, lenguas y costumbres, debían ser protegidas por los Estados a través de legislaciones e instituciones indigenistas. Su desarrollo económico debía fomentarse a través del impulso de políticas especiales de apoyo al indígena. La efectividad de las políticas indigenistas para conseguir los objetivos que se propuso, incluido la protección de las tierras indígenas, es hoy cuestionada por diversos analistas (Bengoa 2000: 357-358; del Val 1996: 5-6), así como por los propios indígenas.

1.3. Los movimientos y demandas indígenas emergentes.

Las insuficiencias de las reformas agrarias para dar respuesta a las múltiples necesidades de los indígenas, las frustraciones provocadas por las políticas indigenistas, las amenazas que para su subsistencia significaron proyectos de inversión, tales como proyectos mineros y forestales, carreteras, represas hidroeléctricas, etc., impulsados por los Estados o por particulares en sus territorios ancestrales, la marginación política y económica de la que siguieron siendo objeto al interior de los Estados, su creciente vinculación con movimientos indígenas emergentes en otras partes del mundo, el apoyo de entidades de cooperación internacional y organismos no gubernamentales (ONGs), son algunos de los factores que explican la emergencia, a contar de la década de los 70, de movimientos indígenas en casi todos los países de la región. Gradualmente dichos movimientos se van convirtiendo en actores políticos relevantes, cada vez más visibles en las arenas políticas de América Latina. A ello contribuyeron también la conmemoración del llamado "quinto centenario" de la llegada de Colón a tierras americanas, la que fortaleció la organización de los indígenas en todo la región - manifestándose, entre otros hechos, en reuniones continentales, levantamientos indígenas, marchas, etc. (Assies 1999: 30) -, así como los procesos de democratización política experimentados en diversos países de la región en las dos últimas décadas.

A lo largo de las últimas décadas, dichos movimientos han ido levantando un conjunto de demandas, dirigiéndolas hacia los Estados en los que habitan. Entre estas demandas cabe destacar el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas como sujetos específicos al interior de la nación y de los derechos que les corresponden en tanto pueblos; el derecho a disponer de los recursos materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento, principalmente a sus tierras y territorios; el derecho al autodesarrollo material y social y a su plena participación en el desarrollo y en el destino de la nación; el derecho al ejercicio de las identidades indígenas, al desarrollo, crecimiento y transformación de sus culturas y a la participación de estas en la configuración de un ser nacional pluricultural; el establecimiento de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posibles y seguros el ejercicio y la ampliación de los derechos antes señalados, dentro de la institucionalidad de los Estados (Iturralde 1997: 384).

La protección jurídica de las tierras que ancestralmente les pertenecieran, así como de los recursos naturales que hay en ellos (aguas, bosques, fauna, etc.), y el acceso a nuevas tierras que permitan su desarrollo material y cultural han constituido demandas centrales de los indígenas. A ellas se han sumado en los últimos años demandas relacionadas con el reconocimiento y protección de la territorialidad indígena, aquellas vinculadas al logro de una mayor participación (cogestión) y/o control (autogestión, autonomía) en los procesos económicos, jurídicos y políticos al interior de los espacios territoriales en que habitan, así como la introducción de reformas al Estado para hacer posible estas aspiraciones (Díaz Polanco 1991: 111-120, 143-149; Assies 1999: 30-31).

Stavenhagen subraya la centralidad y características de la demanda indígena por tierra al sostener:

La pérdida de sus tierras (esenciales para su modo de vida) ha sido una constante en la historia indígena de América Latina, y la lucha por la preservación o la restitución de sus derechos agrarios esta a la base de muchos de los intentos recientes de los indígenas por organizarse. La tierra y sus diversos recursos (los bosques, el agua, los animales, incluso los minerales) se ven principalmente como bienes colectivos, comunales, aunque la noción de los derechos de propiedad individual ha penetrado en los indígenas después de décadas de expansión capitalista.... La cuestión de la tierra no está aún resuelta para el campesinado indígena en América Latina, y su descuido por parte de los gobiernos - después de la ola de reformas agrarias durante los años sesenta como parte del programa de la Alianza para el Progreso- impone severas cargas a los indígenas. (Stavenhagen 1997: 71).

La demanda de los indígenas por territorio parece ser más compleja, puesto a que ella tiene componentes de carácter material, relacionados con los espacios físicos reivindicados y los recursos que hay en ellos, así como componentes inmateriales, de carácter político y simbólico. Por lo mismo, su comprensión y aceptación por los Estados de la región ha resultado ser más difícil. En un intento por aclarar los contenidos de la demanda de los indígenas por territorialidad, Zuñiga sostiene que ella contiene dos dimensiones:

La primera dimensión - el espacio - se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. La segunda dimensión se expresa, por una parte, en el reclamo por el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural gracias a los cuales se asegura la reproducción y continuidad material y cultural del grupo en cuestión, y de otra parte, en el reclamo de que tales procesos estén regidos y se lleven a cabo según la normatividad propia de los pueblos indígenas. (Zuñiga 1998: 143)

Cabe señalar que la demanda indígena por el territorio y los recursos naturales se vincula estrechamente a otra reivindicación emergente de los pueblos indígenas de la región y otros contextos, como es aquella relacionada con su derecho a la libre determinación y a la autonomía, esta última, como expresión o manifestación concreta del primer derecho.

1.4. La reforma de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Algunas de las demandas indígenas antes referidas, incluyendo aquellas relacionadas con la tierra y el territorio, han ido encontrando acogida los ordenamientos jurídicos de los

Estados de la región. Es así como parte importante de dichos Estados han elevado a rango constitucional los derechos de los pueblos y de las personas indígenas. De particular relevancia resultan en este sentido las reformas constitucionales impulsadas en Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992 y 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1999) reconociendo a los indígenas sus derechos individuales y/o colectivos.

En dichas reformas se ha incluido normas relativas al derecho de los indígenas a la mantención y desarrollo de sus lenguas y culturas; al reconocimiento de las comunidades indígenas, garantizándose su personería y capacidad legal; de sus costumbres jurídicas o del derecho consuetudinario indígena, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de sistemas de jurisdicción indígena; y al reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación. Excepcionalmente se han reconocido además los derechos de los indígenas a la autonomía en sus asuntos internos (Nicaragua, 1986; Colombia, 1991). Los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios) y a los recursos naturales han sido especialmente reconocidos en varias de estas reformas constitucionales. Argentina, Brasil, Colombia², Ecuador, México, Guatemala, Paraguay, Perú, Venezuela, entre otros, hacen referencia a estos derechos en sus cartas fundamentales.³

Además de las reformas constitucionales antes referidas, en la mayor parte de los países de la región se han aprobado en las últimas décadas legislaciones que regulan la naturaleza y alcance de los derechos de los pueblos indígenas, así como de los derechos que a ellos, sus comunidades e individuos indígenas les corresponden sobre sus tierras y/o territorios y recursos naturales, reconocidos o no constitucionalmente. En algunos países, como Guatemala y de México, la legislación que regula estos derechos o que establece programas para acceder a la tierra, se aplica, por regla general, indistintamente a indígenas y a campesinos no indígenas. En otros países de la región, como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, la legislación que regula los derechos sobre los recursos naturales, tales como recursos forestales y mineros, las aguas, etc., y/o la legislación de protección del medio ambiente, contiene disposiciones especiales tendientes a proteger de un modo especial los derechos de los pueblos indígenas. Tales derechos, en el caso de los recursos del subsuelo, quedan por regla general condicionados a la propiedad que los Estados tienen sobre los mismos de acuerdo con los ordenamientos constitucionales hoy vigentes en ellos. Se reconoce en varios países a los indígenas, en este último caso, el derecho a ser consultados antes de emprenderse la explotación de dichos recursos (Brasil, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Venezuela).

² En el caso de Colombia estos derechos se han visto reforzados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país. Haciendo referencia al caso del pueblo U'wa afectado por exploración petrolera en sus territorios, la Corte estableció en su decisión T- 039-1997 el derecho a la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que les afecten como derecho fundamental para asegurar su integridad social, cultural y económica frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

³ Las motivaciones detrás de estas reformas han sido diversas. En parte ellas han respondido a las demandas de los indígenas por lograr un mayor control de sus tierras, territorios y recursos. En otros contextos, como México (1992) y Perú (1993) han respondido además a la presión por incorporar al mercado y a la producción agrícola competitiva tierras hasta ahora consideradas como improductivas, presión que debe entenderse en el contexto de los programas de liberalización económica impulsados por los gobiernos en la región.

2. TENDENCIAS ACTUALES.

2.1. Las reformas jurídicas y políticas públicas: un análisis de casos.

A pesar de los elementos comunes antes subrayados, la situación de los derechos indígenas en la región varía, a veces significativamente, de un contexto a otro. Ello es aplicable a los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, así como a las políticas que son impulsadas por los Estados para asegurar su materialización práctica. Es por ello que resulta de interés aquí el análisis, a modo de ilustración, de las reformas jurídicas verificadas en algunos Estados, de las políticas impulsadas para hacerlas efectivas, así como de sus implicancias para los derechos indígenas en los ámbitos de nuestro interés.

2.1.1. Bolivia.

En el caso de Bolivia, como resultado de la movilización de los indígenas del Oriente y del proceso de reforma del Estado, junto con ratificarse el Convenio 169 de la OIT (Ley 1257/91), en 1994 se modificó la Constitución del Estado (Ley 1585 de 1994), reconociéndose a Bolivia como un país multiétnico y pluricultural, y a los pueblos indígenas sus derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos que les corresponden sobre sus "tierras comunitarias de origen" (TCO), y garantizándoseles en ellos el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (art. 171 I).

En 1996 se aprueba la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA No 1715 del 18-10-1996). Dicha Ley garantiza "... los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicancias económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables..." (art. 3). La denominación de TCO comprende el concepto de territorio indígena, de conformidad a la definición establecida en el Convenio 169 de la OIT. La Ley define las TCO como "...los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades, mancomunidades, inembargables e imprescriptibles." (art. 41)

Junto con ella se aprueba la Ley de Protección y Conservación del Medio Ambiente (No 1333 de 27 de abril de 1992) que reconoce la participación de los pueblos indígenas en la administración de áreas protegidas (art. 62), y dispone que la declaratoria de dichas áreas es compatible con su existencia en ellos (art.64); y la Ley Forestal (No 1700 de 12 de julio de 1996), que garantiza a los pueblos indígenas la exclusividad en el aprovechamiento forestal en las tierras comunitarias de origen (art. 32 II) y dispone que no se requiere autorización previa el derecho al uso tradicional y doméstico con fines de subsistencia, de los recursos forestales por parte de los pueblos indígenas dentro de sus tierras forestales comunitarias de origen (art. 32 III).

En base a esta normativa, en particular la Ley INRA de 1996, así como su reglamento (Decreto Supremo No 24784 de 31-7-1997), se han impulsado una serie de acciones que han permitido algunos avances en la protección de las tierras indígenas a través de la titulación y saneamiento de sus TCO. A marzo de 2002 se habían titulado 22 TCOs, con un total de 5.432.552 has., cifra que representa alrededor del 18 por ciento del total de

tierras demandadas en TCO por los indígenas equivalentes a 32.282.661 has⁴. De estas TCO, 21 han sido tituladas a favor de los pueblos indígenas de las tierras bajas del Oriente boliviano, y tan solo una a los pueblos indígenas de la zona andina. (Calla 2002: 5)⁵ (ver Cuadro 2)

La Ley INRA ha significado un avance importante en el reconocimiento del derecho a la tierra de los indígenas en Bolivia. Ella ha abierto esperanzas, en especial en los pueblos indígenas de las tierras bajas, de obtener, mediante el saneamiento de las TCOs, un mayor control sobre sus espacios territoriales ancestrales hasta ahora sujetos a procesos de apropiación por parte de colonos no indígenas o de empresas transnacionales involucradas en la explotación de los recursos naturales allí existentes.

Los problemas en su aplicación, sin embargo, no han sido pocos. Uno de los problemas más graves ha sido la demora en el proceso de saneamiento de TCOs hasta la fecha. Dicha lentitud estaría relacionada con la insuficiencia de los recursos financieros con que se cuentan para esta tarea, recursos que provienen de agencias internacionales. Dicha lentitud sería también consecuencia de la oposición que el saneamiento de las TCOs ha encontrado en los intereses económicos vinculados a la explotación de recursos naturales existentes en las tierras reclamadas por los indígenas (Martínez 2000: 12).

En el caso de las tierras bajas, la demora en el saneamiento de TCOs ha facilitado la permanencia y consolidación en las áreas demandadas por los indígenas de empresas forestales que explotan bosques tropicales, lesionando el derecho al uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que la Constitución y las leyes les reconocen (Martínez 2000: 6). Los mismos intereses habrían incidido en el otorgamiento por el Gobierno en 1997, con posterioridad a la Ley INRA, de numerosas concesiones forestales que se sobrepone a las TCOs demandadas por los indígenas en las tierras bajas, afectando a 6 TCOs con un total de 700.000 has. (Assies 2000: 894).

Otra de las dificultades del proceso de saneamiento ha dicho relación con los intereses de terceros no indígenas – generalmente ganaderos o empresarios agrícolas – cuyas tierras se encuentran dentro de aquellas demandadas por indígenas. Los derechos de estos terceros han sido reconocidos y regularizados como parte de los procesos de saneamiento de TCOs (Urioste 2000: 9), utilizándose para ello recursos de la cooperación internacional e incidiendo en la disminución de los territorios indígenas.

Otro fenómeno que lesiona los derechos indígenas sobre los TCOs es el de las concesiones petroleras y mineras existentes en su interior. Aunque la Ley de Hidrocarburos no contempla la superposición de concesiones sobre las TCOs, las concesiones de exploración de petróleo o de gas afectan al 49.6 por ciento de los territorios de todas las TCO demandadas, y a 30 de las 40 demandas. Con respecto a la minería, existiría un considerable número de denuncias en el interior de los TCOs indígenas ubicados al borde del Escudo Chiquitano. Tal actividad parece estar aún mayoritariamente en fase de exploración (García 2002: 42).

⁴ El territorio total de Bolivia comprende alrededor de 109.858.100 has. (Calla 2002: 6).

⁵ El énfasis en el saneamiento de tierras indígenas hasta ahora ha estado puesto en las tierras bajas de Bolivia, donde la presión indígena para su titulación ha sido mayor. La titulación de las tierras indígenas en el área andina, que es aquella en que los indígenas constituyen la población mayoritaria, y donde se registran los más elevados índices de pobreza rural (Muñoz 1999: 17; Urioste 2000: 8) sigue en gran medida pendiente.

Finalmente, no ha existido en el proceso de saneamiento de TCOs hasta la fecha una suficiente articulación entre los sistemas de jurisdicción administrativa y judicial reconocidos a los indígenas en la Constitución y el sistema de descentralización político administrativo impulsado en los últimos años en base a la Ley de Participación Popular (1994) y la Ley de Descentralización Administrativa (1995) (Calla 2002: 14).

2.1.2. Brasil

Los derechos de los indígenas sobre sus tierras, así como sobre las riquezas naturales que hay en ellas, se encuentran regulados en la Constitución Federal de 1988, aprobada al término de los gobiernos militares. La carta de 1988 pone término a la orientación integracionista de la legislación anterior, incluyendo la ley que crea Fundación Nacional del Indio (FUNAI) (Ley No. 5371 de 1967), y el Estatuto del Indio (Ley No. 6001 de 1973). Ello al reconocer a los indios sus usos, costumbres, tradiciones, así como las tierras que tradicionalmente ocupan y que son necesarias para su reproducción física y cultural; al establecer la obligación de la Unión de demarcar dichas tierras, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes; al destinarlas a su posesión permanente garantizando a los indios el usufructo exclusivo de la riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos que hay en ellas; y al declararlas inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles (art. 231).

En base a estas normas constitucionales, a las contenidas en el Estatuto del Indio de 1973⁶, y a decretos regulatorios posteriores - el Decreto No 22 de 1991 y el Decreto No 1775 de 1996⁷ - se ha dado impulso al proceso de demarcación de tierras indígenas.⁸ Aún cuando no se cumplió con el plazo de cinco años establecido para ello por la Constitución, los avances de este proceso son significativos.

De acuerdo a las estadísticas del Instituto Socio Ambiental (ISA) de septiembre de 2000, del total de 576 tierras indígenas equivalentes a un total de 103.713.243 has., que corresponden al 12.30 por ciento del territorio de Brasil (851.196.500 has.), 68 tierras indígenas, correspondientes a 19.714.317 has. equivalentes al 19.01 por ciento de la superficie total de tierras indígenas se encontraban delimitadas; en tanto que 345 tierras indígenas, con una superficie total de 75.834.839 has., equivalentes al 73.12 por ciento de la superficie total de tierras indígenas se encontraban en la fase final del proceso de demarcación habiendo sido reservadas u homologadas y/o registradas en el o los registros correspondientes (ISA 2000). (Cuadro 3)

A pesar de los avances verificados en los últimos años en esta materia, en especial en la Amazonia Legal⁹, espacio geográfico compuesto por nueve estados amazónicos,

⁶ No obstante no haber sido derogado formalmente hasta la fecha, el Estatuto del Indio de 1973 se considera superado en virtud de las disposiciones sobre derechos indígenas, incluidas sus tierras, incorporadas en la Constitución de 1988. Proyectos de ley destinados a sustituir esta normativa presentados por distintos sectores durante la última década no han encontrado acogida a la fecha.

⁷ Este último decreto, junto con derogar al 22/91 hasta entonces vigente, establece una fase contradictoria destinada a permitir a terceros afectados hacer valer sus derechos en el proceso de demarcación de tierras indígenas.

⁸ El Convenio 169 de la OIT solo fue ratificado en el mes de junio de este año (2002) mediante Decreto Legislativo N° 34/93.

⁹ Según ISA en esta área 93.494.164 has. equivalentes al 70.27 por ciento de la superficie total de tierras indígenas se encontraban en las fases finales de la demarcación, estando delimitadas y/o homologadas y/o

múltiples problemas han afectado el ejercicio de los derechos territoriales reconocidos a los indígenas en la Constitución de 1988. Según el Consejo Indigenista Misionario (CIMI) a octubre de 2000, 503 tierras indígenas, correspondiendo al 68 por ciento del total de tierras indígenas de Brasil, se encontraban con tramites pendientes en el proceso de demarcación. Esta situación debería a la insuficiencia de los recursos públicos destinados a este proceso, así como a la introducción, mediante el Decreto 1775/96, de una fase contradictoria que dificultó la demarcación al hacer posible su impugnación por terceros afectados (CIMI 2000: 17-22).

La demarcación de las tierras indígenas a través del procedimiento antes descrito no ha impedido los procesos de expansión agropecuarios, mineros, forestales, viales, hidroeléctricos y de otra índole que se han venido verificando en los últimos años, muchas veces con apoyo o financiamiento del Gobierno, afectando la integridad de las tierras indígenas así como el derecho al usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos que hay en ellas. En efecto, gran parte de las tierras formalmente inscritas en los registros legales como tierras indígenas - un 85 por ciento del total según estimaciones de FUNAI e ISA y la casi totalidad de las mismas, sino la totalidad según CIMI ¹⁰ - presenta alguna forma de invasión. En la región amazónica las invasiones de tierras indígenas están generalmente motivadas por presiones sobre recursos naturales, especialmente maderas y recursos mineros. Dichas invasiones tienen como consecuencia, además de las restricciones a la ocupación plena indígena de sus tierras y al usufructo exclusivo de sus riquezas naturales, la destrucción del medio ambiente, con serias consecuencias para la vida de las comunidades (CIMI 2000: 22).

De particular gravedad son, tanto por su magnitud como por los impactos que genera en las comunidades indígenas, las actividades mineras que se desarrollan en tierras indígenas. De acuerdo a un estudio de ISA basado en estadísticas oficiales, mientras que para 1988 existían un total de 2.245 procesos para el otorgamiento de títulos mineros que incidían en 77 tierras indígenas de la Amazonia Legal, para 1998 estos procesos habían subido a 7.203 afectando a 126 tierras indígenas. El incremento de procesos de requerimientos mineros en tierras indígenas experimentado en los últimos años es de tal magnitud, que varias de estas tierras tienen un porcentaje significativo de su subsuelo requerido ¹¹(Ricardo org. 1999: 5). Los antecedentes de ISA demuestran que a 1998 habían sido otorgadas por los órganos competentes un total de 163 autorizaciones de exploración, en tanto que se habían otorgado 14 concesiones de explotación, en tierras indígenas. La mayor parte de estos títulos mineros irregulares había sido otorgado después de haberse finalizado los procesos de identificación y demarcación de las tierras indígenas sobre las que inciden (Santilli, M. en Ricardo org. 1999: 83).

Finalmente, otro problema ha sido el de la sobreposición que existe entre Unidades de Conservación y las tierras indígenas. Tal sobreposición, de acuerdo a antecedentes de ISA,

registradas (ISA; Amazonia Brasileira 2000). Los avances en la demarcación de tierras indígenas en esta área han sido posible gracias a PPTAL (Proyecto Integrado de Protección a las Poblaciones y Tierras Indígenas de la Amazonia Legal), iniciativa que cuenta con financiamiento del grupo de los 7 países más ricos, Banco Mundial y GTZ entre otros.

¹⁰ Paulo Roberto, Director de Tierras, FUNAI en entrevista en Barsilia, septiembre de 2000; Fany Ricardo, antropóloga, ISA, entrevista en Sao Paulo, septiembre de 2000; CIMI 2000: 22.

¹¹ Es el caso, por ejemplo de la tierra indígena (TI) Bau (PA), la TI Kayapó (PA), la TI Mekragnoti (PA), la TI Panará (PA/MT), la TI Sai Cinza (PA) y la TI Vale do Guaporé, las que tienen entre un 48.89 y un 92.81 por ciento de su subsuelo requerido por intereses mineros (Ricardo org. 1999: 5)

alcanza a la fecha en la Amazonia Legal a un total de 13.482.981 has., tierras que representan el 22 por ciento del total de las Unidades de Conservación en esa área, afectando a un total de 35 tierras indígenas (ISA 2000). Esta situación da cuenta de la incapacidad del Estado para realizar una planificación territorial de la Amazonia Legal, e introduce restricciones a los derechos reconocidos a los indígenas sobre las riquezas naturales existentes en ellas, y por lo mismo ha sido cuestionada por los propios indígenas.

2.1.3. Chile.

En 1993 fue aprobado por el Congreso Nacional el proyecto de ley indígena (Ley No 19253 de octubre de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas) que fuera elaborado por una Comisión Especial (CEPI), con participación indígena, creada en 1990 luego del término del régimen militar. Las otras dos iniciativas propuestas por esta entidad, destinadas una a dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas¹², y a obtener la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT (1989), no han encontrado acogida en el parlamento hasta la fecha.

En materia de tierras, la nueva ley viene a terminar con el proceso divisorio de las comunidades reduccionales mapuche impulsado a contar de la década de 1920 con graves consecuencias - desposeimiento, migración, pobreza - para quienes las integraban. Viene además a posibilitar el reconocimiento de los derechos que los indígenas tienen sobre las tierras que históricamente han ocupado y poseen, así como a establecer su protección, impidiendo que estas sean enajenadas y traspasadas a no indígenas como había ocurrido en el pasado. Finalmente, posibilita la ampliación de las tierras de los indígenas, a través de modalidades de mercado (adquisición de predios vía subsidio o en casos de conflicto) o del traspaso de tierras fiscales a indígenas (arts. 1, 13 y siguientes). Para estos efectos se establece dentro de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), entidad coordinadora de la política indígena del Estado, un Fondo de Tierras y Aguas, con presupuesto público.

Ha correspondido a CONADI, a través de su Departamento de Tierras y Aguas, impulsar las acciones destinadas a dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley 19.253 sobre protección y ampliación de tierras. En materia de protección de tierras, desde la apertura del Registro de Tierras Indígenas en 1995 hasta fines de 2000, se habían inscrito en dicho Registro un total de 54.389 hijuelas con un total de 294.112 has. en el territorio mapuche (Registro de Tierras Indígenas, CONADI 2001).¹³ Tal cifra corresponde a alrededor de la mitad de las tierras reconocidas por el Estado a los mapuche en el sur del país.

En materia de ampliación de tierras, las acciones de CONADI se han centrado en el traspaso de tierras fiscales a indígenas, la adquisición de predios en conflicto y en el programa de subsidio de tierras para individuos y comunidades indígenas. En base a un

¹² En el proyecto de reforma constitucional se agregaba al art. 1 de la Constitución Política; "El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena ."

¹³ Las tierras indígenas inscritas en este Registro en otras partes del país ascenderían a solo 5 mil has. (CONADI, 2001). La inscripción permite a sus titulares la acreditación de su carácter de tierras indígenas, y por consiguiente, asegurar la aplicación de los derechos (exención del pago de contribuciones) y de las restricciones (inalienabilidad, inembargabilidad, entre otras) que la ley establece.

convenio suscrito por CONADI con el Ministerio de Bienes Nacionales en 1994, al año 2000 han sido transferidos a la primera entidad, para su posterior traspaso a indígenas, un total de 112.146,01 has. beneficiando a un total de 3.484 familias indígenas. De ellas, sin embargo, alrededor de 20 mil has. aún seguiría en poder de CONADI, estando la titulación a indígenas pendiente (CONADI, 2000). Del total de tierras fiscales traspasada a indígenas, o en vías de serlo, 105.981 has. corresponde a tierras ubicadas en las regiones del Bío Bío, Araucanía y Los Lagos, en el territorio mapuche. Por lo mismo, sus beneficiarios serían mayoritariamente de origen mapuche, los que por su situación demográfica y social tienen mayores necesidades de tierra.¹⁴

En cuanto a los predios adquiridos por CONADI para dar solución a las demandas más urgentes de tierra de los indígenas, y en particular a las situaciones de conflicto de tierras (art. 20 letra b Ley 19.253), antecedentes de la misma entidad indican que a la misma fecha estos alcanzaban una superficie total de 31.203,74 has. beneficiando a un total de 2.906 familias indígenas. De estas, un total de 31.166 has. beneficiaban a un total de 2.861 familias mapuche en las regiones de Bío Bío, Araucanía y Los Lagos en el sur del país. La inversión realizada por CONADI para estos efectos alcanzaba a \$ 22.186.705.229. Finalmente, a través del programa de subsidios de tierras indígenas de CONADI (art. 20 letra a Ley 19.253), se adquirieron un total de 7.760,78 has. beneficiando a un total de 688 familias indígenas en el país, en su gran mayoría mapuche. La inversión realizada por CONADI en este programa ascendió a \$ 7.509.266.623 (CONADI, 2001).

A lo anterior cabe agregar lo realizado por CONADI, en forma conjunta con el Ministerio de Bienes Nacionales, en materia de regularización y saneamiento de tierras indígenas. Se estima que al año 2000 las tierras cuya propiedad había sido regularizada por esta vía ascendían a 19.247,28 has. beneficiando a 1.541 familias. De ellas, 13.314 has. beneficiaron a 1.011 familias mapuche, en tanto que el resto benefició a familias aymara y atacameñas en el norte del país (CONADI, 2001).

En síntesis, entre 1994 y el 2000 se habrían incorporado en el país al patrimonio indígena, o estarían en vías de incorporarse, a través de estos programas públicos, un total de 170.357,81 has., beneficiando a 8.619 familias indígenas (CONADI, 2001). En su gran mayoría, ellas están destinadas a personas o comunidades mapuche. Se trata de una cifra relevante si se tiene en consideración que el Estado tan solo reconoció en el pasado a los mapuche alrededor de 500 mil has. luego de la ocupación de su territorio ancestral a fines del siglo XIX. (Cuadro 4)

Las limitaciones de la política pública en esta materia, sin embargo, deben ser señaladas. Los recursos públicos destinados al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI a objeto de posibilitar la adquisición de tierras indígenas, han sido insuficientes en relación a las necesidades y demandas de tierras existentes en el área mapuche.¹⁵ Esta situación es

¹⁴ Según el Censo de 1992, la población mapuche mayor de 14 años alcanzaba a 928 mil. Si se considera los menores de 14 dicha población alcanzaba a 1.3 millones (Censo de Población y Vivienda, 1992). Se estima en 230 mil la población mapuche rural que vive en comunidades o localidades homogéneas (Bengoa, 2000)

¹⁵ Aún cuando el presupuesto de dicho Fondo se habría incrementado de \$ 2.108 millones en 1994 a \$ 8.150 millones en 1999 (MIDEPLAN, 1999), los recursos disponibles solo han permitido adquirir alrededor de 33 mil has. de tierra en el mismo período. Ello en contraste con las 150.000 has. que la administración del Presidente Lagos ha señalado se deben adquirir en el sexenio 2000-2006 para satisfacer las necesidades de tierra de los indígenas.

preocupante si se considera que existe un agotamiento de tierras fiscales, en particular en la zona sur del país, con las cuales satisfacer las necesidades de tierras de los indígenas. Dicha situación resulta aún más preocupante al constatar el incremento verificado en los últimos años en el valor de mercado de las tierras adquiridas por CONADI a través del Fondo de Tierras.¹⁶ Otros de los problemas detectados en la política de tierras indígenas del Estado dicen relación con la calidad de las tierras adquiridas por CONADI, las que carecen de potencial productivo, tienen problemas topográficos, o de deslindes; con la falta de apoyo al desarrollo económico a las familias beneficiadas con su adquisición; así como con la arbitrariedad de las adquisiciones de tierras, muchas de las cuales han estado relacionadas con la capacidad de presión de las organizaciones indígenas más que con las necesidades reales que tienen quienes las componen de acceder a la tierra (CONADI 1999: 7-9).

Más grave aún resulta el hecho que, a pesar de la protección establecida por la ley en su artículo 13 (inalienabilidad, inembargabilidad, etc.), los derechos de los indígenas sobre sus tierras indígenas han seguido siendo vulnerados en virtud de diversos proyectos de inversión públicos y privados impulsados en tierras indígenas, tales como centrales hidroeléctricas, carreteras, proyectos forestales, etc. Muchas de estas iniciativas han sido impulsados en los últimos años con el apoyo del Estado aún en contra de la voluntad original de los indígenas, resultando en su desplazamiento hacia las ciudades o relocalización hacia otras tierras.¹⁷ Esta situación deja en evidencia la contradicción existente entre la política de protección y ampliación de las tierras indígenas impulsada por el Estado en base a la ley de 1993 y la política de desarrollo económico vigente en el país, la que, en caso de conflicto, generalmente se ha impuesto sobre la primera. Finalmente, y vinculado a lo anterior, cabe señalar que dada las limitaciones de la legislación indígena de 1993, la que no reconoce los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en sus tierras, se ha producido en los últimos años un proceso de apropiación por no indígenas de recursos mineros, aguas, recursos pesqueros y otros que se encuentran en tierras indígenas o en tierras o aguas colindantes a ellas (Toledo, 1997: 42).¹⁸ Esta situación, en el contexto de la crisis de la agricultura campesina tradicional existente en Chile, viene a limitar seriamente las potencialidades económicas de las tierras indígenas, afectando las posibilidades de desarrollo de las familias que viven en ellas.

2.2. Tendencias del derecho internacional contemporáneo.

El derecho internacional sobre pueblos indígenas es nuevo. Salvo la Organización Internacional del Trabajo, entidad que había aprobado una serie de convenciones sobre trabajadores indígenas a comienzos desde comienzos del siglo XX, y, en 1957, el Convenio N° 107 sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas (de carácter

¹⁶ Entre 1994 y 1998 el valor de la hectárea de tierra adquirida en el mercado por CONADI en la región de la Araucanía se habría triplicado (CONADI, 1999, p. 8). Para el año 2000 el valor de una hectárea pagado por CONADI en la misma región habría subido en casi siete veces en relación a 1994 según antecedentes del Departamento de Tierras y Aguas de esta entidad (enero 2001).

¹⁷ Es el caso de la central hidroeléctrica Ralco, la que esta siendo construida en tierras indígenas de los mapuche-pehuenche, central que de concluirse, provocaría la relocalización de 500 personas de sus tierras actuales.

¹⁸ La prioridad que tenían los indígenas para obtener la concesión sobre los recursos naturales existentes en sus tierras fue eliminada en el Congreso Nacional en el debate del anteproyecto de ley.

integracionista), no hubo hasta hace poco un reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional.

La Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos a mediados del siglo XX pusieron énfasis en los derechos individuales y no en los derechos colectivos de los pueblos. Tampoco lo hicieron expresamente los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales aprobados por la ONU en 1966. Es solo a contar de la década de los 80 que, producto de la presión indígena, se abren espacios para el reconocimiento internacional de los derechos de estos pueblos.

La protección y demarcación de sus tierras y territorios tradicionales, así como a la protección, uso y beneficio de los recursos naturales que hay en ellas, han estado entre los principales temas de debate en los foros internacionales (ONU, OIT, OEA) que se preocupan de los indígenas. Los Estados partes en estas entidades, que, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos internos, son propietarios de los recursos del subsuelo, se niegan a reconocer a los indígenas derechos propietarios sobre ellos. No obstante esta negativa, reconocen progresivamente el derecho los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados antes de iniciarse actividades mineras en sus territorios, de ser compensados por los daños que estas actividades provocan, así como de participar en los beneficios que reporta la actividad minera.

A continuación se analizan los lineamientos más importantes desarrollados en esta materia en dichos instrumentos, así como en estudios encargados por Naciones Unidas, proyectos de Declaraciones de derechos Indígenas, decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, entre otros.

2.2.1. El Convenio 169 de la OIT (1989)

El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes reconoce a los indígenas tanto derechos individuales (como personas, trabajadores, artesanos indígenas, etc.), como derechos colectivos como pueblo. Entre estos últimos reconoce a los pueblos indígenas derechos políticos, económicos, sociales, culturales, y territoriales. En la materia que nos interesa el Convenio dispone:

Que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esta relación..” (art. 13.1). El Convenio agrega al concepto de tierras indígenas el de territorios, concepto que cubre "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera." (art.13.2).

El Convenio agrega que deberá reconocerse el derecho de estos pueblos a la “propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y tomarse medidas para “salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.” (art.14.1). Dispone además, que los gobiernos deberán tomar medidas “para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” (art.14.2) e instituir “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras...” (art. 14. 3).

Establece además un conjunto de disposiciones que se refieren tanto a los derechos sobre la tierra como sobre los territorios indígenas. Entre ellas destacan la que establece que deberán protegerse especialmente los derechos de los pueblos indígenas "...a los recursos naturales existentes en sus tierras", derechos que comprenden "...participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos." (art. 15.1).

En relación con los minerales o recursos del subsuelo, dispone que en caso que la propiedad de tales recursos pertenezca al Estado, 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 que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras." Dispone que los mismos pueblos "...deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades." (art. 15.2)

Finalmente establece el principio de que estos pueblos "no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan." (art.16.1). Excepcionalmente, cuando el traslado se considere necesario, "solo podrán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa." Cuando no haya consentimiento, "el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al termino de procedimientos adecuados establecidos por la legislación... en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados." (art. 16. 2)

Por otro lado, el Convenio reconoce a los indígenas un conjunto de derechos participatorios y de autonomía que resulta relevante tener en consideración en la materia que nos interesa. En el primer ámbito (participación) dispone los gobiernos deberán "...asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. (art. 2.1); "...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;" (art. 6.1); y "...establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan." (art. 6.2).

En el segundo ámbito (autogestión y autogobierno) dispone que estos pueblos tienen "...el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar , en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural." (art. 7.1.); que al aplicárseles la ley nacional "...deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario."(art. 8.2); y que tendrán derecho de "...conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos." (art. 8.2).

Ratificación y alcances del Convenio 169.

El Convenio ha sido ratificado a la fecha por un total de 13 Estados, 11 de ellos de América Latina.¹⁹ Sus implicancias en la región han sido múltiples. Ha contribuido a los procesos de reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos en muchos países, ha servido de base para el logro de acuerdos entre pueblos indígenas y Estados en distintos contextos, sus normas han fundamentado decisiones de los tribunales de justicia en países como Costa Rica, Colombia, Guatemala, entre otros.

Se discute cuales son las implicancias reales del Convenio en materia de derechos de los indígenas sobre los recursos naturales en sus tierras y territorios. Esta discusión tiene particular relevancia cuando se trata de los recursos del subsuelo. Los siguientes son, a nuestro entender, los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas en esta materia en el Convenio: a) El derecho a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos; b) la consulta previa frente a las actividades de prospección o explotación de recursos minerales; c) la participación en los beneficios que reporten tales actividades; d) la indemnización por los daños que estas provoquen; y e) el derecho a no ser trasladados de las tierras que ocupan.

De estos derechos, el alcance de la consulta previa a los indígenas en las actividades de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios es el que ha sido fruto de mayor cuestionamiento por los Estados. Al respecto cabe consignar aquí la opinión de la Oficina de la OIT en el proceso de discusión del texto anteproyecto del Convenio sobre la materia:

Existen, por tanto, pareceres divergentes en lo concerniente al grado de control indígena, particularmente cuando se trata de la extracción de recursos minerales. Parece haber, sin embargo, un amplio acuerdo en que ... siempre deberá obtenerse el consentimiento de los pueblos interesados antes de que se inicie cualquier explotación minera en sus tierras y pagarse una compensación equitativa por esas actividades. Sería inadecuado precisar la manera en que se debe tratar de obtener ese consentimiento en el plano nacional, así como los procedimientos correctos que deben seguirse en los distintos países antes de que se inicie cualquier actividad de carácter minero en sus tierras. Habida cuenta, no obstante, de los peligros evidentes que esas actividades pueden encerrar para la conservación de las tierras indígenas parece importante que un instrumento revisado establezca el principio general de que deberá tratar de obtenerse el consentimiento de esos pueblos, mediante procedimientos apropiados, antes de iniciar cualesquiera de tales actividades. (Oficina OIT 1988; 56)

En relación a la naturaleza de la consulta a ser desarrollada a los pueblos indígenas, Jorge Dandler, de la Oficina de OIT para Centro América, sostiene que esta no puede consistir en una información a los indígenas sobre una decisión ya tomada. Dicha consulta debe ser realizada de modo transparente, con una debida anticipación, a través de procedimientos adecuados, de instituciones representativas y de buena fe. Así sostiene:

¹⁹ Los Estados latinoamericanos que lo han ratificado son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

El Convenio exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influir el proceso de toma de decisiones. Esto significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo (Dandler, 1999).

2.2.2. Convenio sobre Diversidad Biológica (1992).

El Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas (1992), el que en su artículo 8. j dispone:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

El Convenio ha sido ratificado por 180 países. Para la aplicación de esta iniciativa se ha constituido el Grupo de Trabajo especial sobre el artículo 8J.

Agenda XXI

En relación con dicha Convención, cabe referirse a la Agenda XXI.²⁰ Se trata de un documento de carácter programático en cuyo Capítulo 26 se reconoce la histórica relación de los indígenas con sus tierras, incluyendo en ellas el ambiente de las áreas que tradicionalmente han ocupado, así como los conocimientos tradicionales que tienen de ellas y sus recursos (Cap. 26.1); se promueve la participación de las poblaciones indígenas y sus comunidades en la formulación de políticas, leyes, programas relacionados con el manejo de recursos y estrategias de conservación (Cap. 26.3c); y se plantea la necesidad de permitir a los indígenas mayor control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos, y participación en la toma de decisiones que les afectan, incluyendo, participación en la administración de áreas protegidas (Cap. 26.4)²¹

2.2.3. Directrices emanadas de la Organización de Naciones Unidas.

i. Proyecto de Declaración de la ONU.

Desde 1982 del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas²² dio impulso al debate sobre los derechos indígenas. En 1983 aprobó un Proyecto de declaración sobre derechos de las poblaciones indígenas que en 1994 fue adoptado por la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de NU en 1994. Este

²⁰Documento programático aprobado por los representantes de Estado asistentes a la Cumbre de Río de Janeiro en 1992.

²¹ Las implicancias que la aplicación de estas normativas y líneas de acción internacionales han tenido para los pueblos indígenas fueron analizadas críticamente en la Conferencia Río mas 10 celebrada en Johannesburgo, Sudáfrica, en Agosto pasado.

²² Este grupo fue creado por la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías del Consejo Económico Social de la ONU.

proyecto reconoce como derecho fundamental de los pueblos indígenas la libre determinación (art 3). Como forma de ejercicio de este derecho establece que “...estos pueblos tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones internas y locales, en particular ... las actividades económicas, la gestión de sus tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros a sus territorios.” (art. 31)

En materia de desarrollo económico el mismo Proyecto dispone:

Los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (art. 30).

En materia de derechos territoriales el Proyecto de Declaración de la ONU reconoce a los pueblos indígenas el derecho a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma...” (art. 25). Reconoce además el derecho que estos tienen a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, las aguas, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación, o invasión en relación con estos derechos.” (art. 26)

Aun cuando no ha sido aprobado por la ONU, y solo constituye un cuerpo de principios orientadores de la acción de los Estados en la materia, sus disposiciones reflejan ciertos consensos hoy existentes en el tratamiento de los pueblos indígenas y de sus derechos. Por ello es relevante consignarlos acá.

ii. Estudios temáticos .

Diversos estudios han sido encomendados a distintos Relatores nombrados por la ONU en relación a los derechos de los pueblos indígenas. Algunos de los estudios que abordan los temas de nuestro interés son los siguientes:

a. Estudio sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Relatora Especial Erica-Irene Daes (1999).

En su segundo y final informe sobre la marcha de su trabajo, la Sra. Daes analiza los problemas de las poblaciones indígenas y su relación con la tierra y formula una serie de recomendaciones en esta materia. Entre los planteamientos de interés destacan los siguientes:

66. La exploración y la explotación de petróleo y gas, la explotación de la energía geotérmica, la minería ... y otras modalidades de actividad económica efectuadas aparentemente en interés del país han repercutido negativamente en los pueblos indígenas que ya han padecido el contacto y el colonialismo y en pueblos indígenas que durante mucho tiempo habían estado aislados.²³

67. El desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras y territorios es un problema histórico y contemporáneo de carácter mundial. ...Debe reconocerse mas bien que esta política es todo lo más una táctica dilatoria para no afrontar el problema real de reconocer los derechos e intereses de los pueblos indígenas afectados.

132. Los países deben promulgar una legislación, en el caso de que no exista, con inclusión de medidas especiales, que reconozca, deslinda y proteja las tierras, territorios y recursos de las poblaciones indígenas de manera que les otorgue protección jurídica, derechos y una condición jurídica por lo menos iguales a los que se conceden a otras tierras, territorios y recursos del país.

133. Esa legislación debe reconocer las practicas tradicionales y la legislación sobre tenencia de tierras de las poblaciones indígenas, y debe elaborarse exclusivamente con la participación y el consentimiento de las poblaciones interesadas.²⁴

b. Informe Relator para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2001)

En su reciente Primer Informe el Relator Stavenhagen sostiene sobre los derechos de los indígenas a la tierra, el territorio y su relación con los recursos naturales:

55. La cuestión de los derechos a la tierra no puede dissociarse de la cuestión del acceso a los recursos naturales y su utilización por parte de las comunidades indígenas. Esos derechos están reconocidos en el artículo 15 del Convenio N° 169 y en los artículos 28 y 30 del proyecto de declaración. El proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas está redactado en términos similares.

56. Las organizaciones indígenas han pedido con insistencia que se preste atención a esos derechos, puesto que el acceso a los recursos naturales presentes en su hábitat es esencial para su desarrollo económico y social. Con demasiada frecuencia, esos recursos se están extrayendo o aprovechando en beneficio de otros intereses (petróleo, minería, explotación maderera, pesquerías, etc.), con poco o ningún provecho para las comunidades indígenas que ocupan la tierra. Aunque el Banco Mundial ha elaborado directrices operacionales para sus propias actividades en relación con esos temas (véase la Introducción) y en algunas legislaciones

²³ Cita caso de pueblos indígenas en Perú, Bolivia y Brasil afectados por estas actividades.

²⁴ Dichas recomendaciones son extraídas del Informe del Seminario de Expertos sobre las Experiencias Prácticas en materia de Derechos y Reivindicaciones sobre Tierras Indígenas realizado en Whitehorse, Yukon en 1996.

nacionales se protegen específicamente los intereses de las comunidades indígenas a ese respecto, en muchos casos se pasan por alto los derechos y las necesidades de los pueblos indígenas, lo que hace que éste sea uno de los principales problemas de derechos humanos con que se han enfrentado en los últimos decenios.

57. A la vista de las pruebas, y coincidiendo con la Sra. Daes, el Relator Especial considera que el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas, y propone que se siga estudiando la cuestión analizando con más detalle la experiencia que podría adquirirse con el estudio de casos particulares en distintas partes del mundo.

2.2.4. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

i. Proyecto de Declaración Americana de los derechos de los pueblos indígenas (1997)²⁵

A requerimiento de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha venido desarrollando un esfuerzo por avanzar en la definición de estándares que regulen la convivencia de los Estados para con los pueblos indígenas y quienes los integran. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales son un elemento central del proyecto hasta ahora avanzado. También lo son el reconocimiento de derecho de los pueblos indígenas a controlar su desarrollo.

En su Preámbulo 2 el Proyecto manifiesta la preocupación por “... el despojo a sus pueblos y comunidades de sus tierras, territorios y recursos; privándoles así de ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de acuerdo a sus propias tradiciones, necesidades e intereses.”

El mismo Proyecto reconoce, en términos muy semejantes al proyecto de Declaración de la ONU, el derecho de los pueblos indígenas “...a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural...”, así como el derecho a la autonomía o autogobierno en distintas materias, incluida la administración de sus tierras y recursos. (art. XV) En materia de tierras, territorios y recursos dispone que estos pueblos tienen derecho “al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.” (art. XVIII. 2). Cuando los derechos de propiedad y uso de estos pueblos “surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, estos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, inalienables, imprescriptibles e inembargables.” (art. XVIII. 3 i). Luego agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a “un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras, inclusive sobre la capacidad para usar, administrar, y conservar dichos recursos, y con respecto a los usos tradicionales de sus tierras, y sus intereses en tierras y recursos, como los de subsistencia.” (art. XVIII. 4). Finalmente dispone que tienen “derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los que han tradicionalmente sido propietarios, ocupado o usado, y que hayan sido confiscados,

²⁵ Aprobado en 1997 por el Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hoy aun en discusión.

ocupados, usados o dañados; o de no ser posible la restitución, al derecho de indemnización... (art. XVIII. 7).

En relación a los derechos sobre los recursos minerales o del subsuelo se establece claramente el derecho a la consulta, la participación en los beneficios, y la indemnización por daños al señalar:

En caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o que tenga derechos sobre otros recursos existentes sobre tierras indígenas, los Estados deberán establecer o mantener procedimientos para la participación de los pueblos interesados en determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. XIII. 5).

Al igual que en el caso del Proyecto de Declaración de la ONU, por ahora se trata solo de un proyecto y no de instrumentos aprobado por los Estados miembros de la OEA. También refleja algunos consensos existentes en la región sobre las complejas materias que aborda.

ii. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Un numero creciente de casos relativos a la protección de derechos de los indígenas sobre sus tierras y recursos naturales se han planteado ante el sistema interamericano de derechos humanos en los últimos años. Utilizando como base el derecho de propiedad de la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1970 la Comisión Interamericana se refirió a la obligación de defender las tierras indígenas (caso de los Guahibos en Colombia). En 1985 emitió una resolución en el caso de los yanomami del Noroeste de Brasil, recomendando delimitar y demarcar el Parque Yanomami, incluyendo más de 9 millones de has. de bosque amazónico, hábitat de aproximadamente 1200 yanomami. Dado que Brasil entonces no había ratificado la Convención, la decisión se basó en el derecho a la vida, a la libertad, a la residencia y al tránsito, a la salud y bienestar de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Otro caso posterior fue el del despojo de comunidades indígenas de Guatemala de sus tierras ancestrales.

Fallo Corte Interamericana en Caso Awas Tingni.

El primer caso que en materia de derecho a la propiedad indígena la Comisión decidió enviar a la Corte Interamericana, fue el caso de Awas Tingni de Nicaragua. El caso se originó en una petición hecha a la Comisión en 1995 alegando que el Estado de Nicaragua no había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas Mayagna (Sumo) de Awas Tingni y de otras comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua frente a una concesión de

explotación maderera otorgada a una empresa coreana por dicho Estado. En 1998 la Comisión acogió la petición de los indígenas, e interpuso una demanda en contra del Estado de Nicaragua ante la Corte Americana. La demanda se refiere a la violación por parte de dicho Estado de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en razón de la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de esta comunidad. La Comisión también solicitó a la Corte en base al artículo 63 (1) de la Convención, la reparación de las consecuencias de la violación.

Con fecha 31 de agosto de 2001, la Corte dictó sentencia en el caso en análisis, concluyendo que el Estado de Nicaragua violó el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio de los indígenas en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención, condenándolo a que:

153. a) delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad; y
- b) se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

El fallo de la Corte Interamericana dejó establecido en sus considerandos el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana (par. 149), la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad sobre ellas (par. 151), y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (par. 149).²⁶

2.2.5. Directrices del Banco Mundial

Una de las primeras instituciones multilaterales de financiamiento en desarrollar una política relativa a los pueblos indígenas fue el Banco Mundial. En 1991 publicó sus Directrices Operativas. Dichas Directivas tienen como objetivo central "...asegurarse que los pueblos indígenas no sufran efectos adversos durante el proceso de desarrollo, particularmente de aquellos proyectos financiados por el Banco, y que reciban beneficios sociales y económicos que sean culturalmente compatibles." De especial interés son los lineamientos establecidos en relación con los proyectos de inversión apoyados por el Banco que afectan a los pueblos indígenas. En dichos proyectos el prestatario deberá elaborar un plan de desarrollo "...culturalmente apropiado, basado en la plena consideración de las opciones preferidas por los pueblos indígenas involucrados en el proyecto." Dichos planes deben respetar en su diseño los patrones de organización social, creencias religiosas y considerar el uso de los recursos. Además, debe "...evitar crear o agravar dependencia de los pueblos indígenas...", "...fomentar el temprano traspaso de la dirección del proyecto a la población local" e incorporar "...entrenamiento en habilidades para la gestión para los pueblos indígenas."

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Sentencia de 31 de Agosto de 2001.

Los mismos planes deberán considerar el estado legal de los derechos indígenas y dar atención a sus derecho a usar y desarrollar sus tierras y recursos vitales para su subsistencia. Mas aun, cuando la legislación necesite fortalecimiento, el Banco deberá dar asesoría al prestatario para asegurar el reconocimiento legal del sistema de tenencia tradicional de la tierra de los pueblos indígenas. Finalmente el plan debe considerar estrategias de participación local que aseguren la participación de dichos pueblos a lo largo de la planificación, implementación y evaluación del proyecto.

Dadas sus ambigüedades, así como los problemas que se han generado en su aplicación a lo largo de la última década, el Banco ha impulsado una revisión de estas Directivas a través de un proceso que ha involucrado a representantes indígenas, Ongs, Estados, etc. A raíz de lo anterior se ha elaborado una propuesta de nuevas Directrices (políticas Operativas 4.10 y Procedimientos 4.10) que pretenden su mejoramiento.²⁷ El documento propuesto contiene lineamientos que dicen relación con proyectos que implican la explotación de la tierra y los recursos naturales, incluyendo recursos minerales, que parece de interés incluir aquí.

14. Uso comercial de la tierra y de los recursos. Cuando los proyectos apoyados por el Banco impliquen la explotación comercial de los recursos naturales (inclusive bosques, minerales e hidrocarburos) que existen en las tierras de los grupos indígenas y que estos emplean conforme a sus tradiciones ancestrales el Prestatario deberá:

- a) informar a estos grupos acerca de sus derechos sobre tales recursos conforme a la ley y al derecho consuetudinario;
- b) comunicarles los impactos potenciales que estos proyectos tendrían para su modo de vida, el medio ambiente, y el uso de los recursos naturales;
- c) consultarles tempranamente sobre el desarrollo del proyecto e involucrarlos en la toma de decisiones que les pueda afectar, y
- d) ofrecerles la oportunidad de obtener beneficios del proyecto.

Como en todos los proyectos que afectan a grupos indígenas, los impactos adversos deben ser evitados, minimizados, y los beneficios compatibles con su cultura.

2.2.6. La reflexión académica.

La situación actual, significación y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales ha sido objeto de importante análisis por parte de académicos, incluidos antropólogos y juristas, en los últimos años. Las limitaciones de los ordenamientos jurídicos actuales para garantizar el acceso de los pueblos indígenas a la tierra, asegurar sus derechos territoriales y permitir el control sobre sus recursos naturales, así como la necesidad de su reforma, ha sido subrayada por numerosos autores (Aylwin 2002: Calla 2002: García Hierro 2002, entre otros).

No obstante las limitaciones antes señaladas, los cambios verificados en los últimos años tanto en los ordenamientos constitucionales y legales internos de los Estados de la región, como en el derecho y la jurisprudencia internacional, han permitido importantes avances en el reconocimiento y protección de estos derechos. Una síntesis de las obligaciones que en

²⁷ El texto de la propuesta de Políticas Operativas y Procedimientos 4.10 se encuentra en www.worldbank.org/indigenous

este ámbito corresponderían a los Estados americanos a la luz de la evolución del derecho comparado e internacional, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es realizada por James Anaya y Robert Williams Jr. en un reciente análisis (2001). De acuerdo con estos juristas tales obligaciones comprenden la adopción de las medidas adecuadas para identificar y asegurar de una forma específica las tierras comunales indígenas; y aquellas relativas a los recursos naturales y a los proyectos de inversión en territorios indígenas. Estas últimas comprenderían, de acuerdo a los mismos autores, la obligación de consultar y de llegar a acuerdos con los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que pueda afectar sus intereses y de tener debidamente en consideración sus intereses en el proceso de toma de decisiones, la de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir o mitigar los impactos negativos de tales proyectos, y la obligación de asegurar los beneficios para los indígenas (Anaya y Williams Jr. 2001).

Finalmente la necesidad de vincular los procesos de reconocimiento de derechos sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales con aquellos orientados al fortalecimiento de derechos políticos y jurisdiccionales de los pueblos indígenas al interior de sus tierras y territorios es también subrayada por diversos analistas (Hoekema y Assies 2000; Iturralde 2001). Ella es vista como esencial para asegurar un mayor control y desarrollo de los pueblos indígenas al interior de los espacios territoriales y recursos naturales que les han sido reconocidos por los Estados. Al respecto Iturralde señala:

La solución que se da a la demanda territorial deberá responder al mismo tiempo a la demanda de autonomía mediante la modificación del sistema de distribución de las competencias. Los pueblos indígenas y otros grupos que demandan competencias deberán comprenderla como una posibilidad en el marco de los procesos de reordenamiento y reorganización del Estado y desarrollar las capacidades para asumirla. (Iturralde 2001, 14).

DESAFÍOS PENDIENTES.

A pesar de los importantes avances aquí subrayados, los desafíos pendientes a objeto de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos son múltiples. A nivel nacional, en el ámbito jurídico destacan la necesidad de introducir reformas orientadas al reconocimiento y protección de estos derechos donde ello no haya ocurrido a la fecha; la necesidad de profundizar dichas reformas en aquellos Estados en que tales reformas ya fueron introducidas, así como de abrir espacios para hacer posible mayores grados de autonomía y/o participación en la gestión de los procesos económicos, sociales y políticos al interior de los espacios territoriales indígenas; la ratificación del Convenio 169 de la OIT donde no ha sido ratificado a la fecha y la adecuación de la normativa interna de los Estados a sus disposiciones.

Pero no es solo en materia jurídica donde se requiere de transformaciones profundas para lograr el objetivo antes señalado. Es en el ámbito de las políticas públicas donde se detectan los mayores problemas a la hora de garantizar la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas en esta materia. La necesidad de destinar mayores recursos a los programas de saneamiento, demarcación y titulación de las tierras y territorios indígenas, así como el respeto por las formas de tenencia comunal de los indígenas en estos programas, resultan fundamentales. Tales tierras, territorios, así como los recursos naturales que hay en ellos, continuarán siendo objeto de presión por parte de diversos intereses asociados a la explotación de recursos naturales, como ocurre en los países del área amazónica, mientras

no sean demarcados y titulados en favor de los indígenas. Se hace necesario con el mismo objeto el desarrollo de una política de seguimiento y fiscalización de los territorios demarcados a objeto de evitar su penetración por los mismos intereses. Se requiere finalmente, una redefinición de las políticas y programas de desarrollo económico impulsadas por los Estados en áreas indígenas, de modo de evitar que estas resulten en un detrimento de los derechos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales como parece ocurrir hoy día.

Al nivel internacional, por último, se hace urgente la culminación de los procesos desarrollados por la ONU y la OEA a objeto de dar aprobación a los proyectos de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas hoy en discusión. Dichas declaraciones permitirían contar con lineamientos más precisos que orienten la acción de los Estados y la comunidad internacional en la materia.

BIBLIOGRAFIA.

Anaya, James y Robert Williams Jr., "The protection of indigenous peoples rights over lands and natural resources under the Inter-American Human Rights System" en 14 *Harvard Human Rights Journal* Spring 2001 33.

Assies, Willem, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en Willem Assies et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999.

-----, " El constitucionalismo multiétnico en América Latina: El caso de Bolivia" en Milka Castro ed., *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio* (XII Congreso Internacional, marzo de 2000, Arica Chile) Vol. 2, Universidad de Chile, Santiago, 2000.

Aylwin, José, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos*, Santiago, CEPAL, 2002

Banco Mundial, *Directriz Operativa Concerniente a los Pueblos Indígenas 4.20* (1991), en www.worldbank.org/indigenous

Bello, Alvaro y Marta Rangel (Comisión Económica para América Latina), *Etnicidad, "raza" y equidad en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago, 2000.

Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.

Calla, Ricardo, *Derechos territoriales de los pueblos indígenas en los Andes de Bolivia, Perú, Ecuador: Una exploración preliminar*, documento parte del Proyecto Oxfam América-Fundación Ford, "Avizorando los retos para los pueblos indígenas de América Latina en el nuevo milenio: Territorio, economía, política e identidad" 2002, inedito.

Conselho Indigenista Missionário, *Situacao Geral dos Povos Indígenas no Brasil*, Brasilia, 2000, disponible en Internet en www.cimi.org.br.

Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Chile), *La política de tierras de la CONADI*, 1999.

-----, *Cuadros sobre tierras indígenas*, 2001 (antecedentes proporcionados por Dept. de Tierras y Aguas Dirección Nacional CONADI).

Corte Constitucional de Colombia (Magistrado Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL), *Decisión T- 039-1997*, Santa fe de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Sentencia de 31 de Agosto de 2001.

Daes, Erica- Irene (Relatora Especial ONU) *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Segundo Informe, Consejo Económico Social Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1999/18.

Dandler, Jorge, "La consulta previa en el Convenio Num. 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales. Un derecho fundamental" en Gamez de Garcia ed., *Una Visión Indígena hacia el Futuro. Memoria Segunda Jornada Indígena Centroamericana sobre Tierra, Medio Ambiente y Cultura*, San Salvador, agosto 1999, San Salvador, 2000

Díaz Polanco, Hector, *Autonomía Regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, Siglo XXI Editores, México D.F., 1991.

García Hierro, Pedro, *Pueblos y territorios indígenas de la Amazonía andina ante un nuevo milenio: situación y perspectivas*, documento parte del Proyecto Oxfam América-Fundación Ford, "Avizorando los retos para los pueblos indígenas de América Latina en el nuevo milenio: Territorio, economía, política e identidad" 2002, inedito.

Gasperini, Maria A., *Seguridad de la tenencia de la tierra de pueblos indígenas en América Latina en el marco de la cooperación al desarrollo - Enfoques y experiencias*

(Documento final), publicación de la GTZ (Proyecto Tenencia de la Tierra en la Cooperación al Desarrollo), 2000, disponible en Internet.

Gongora, Mario, *El estado en el derecho indiano, época de fundación 1492-1570*, Univ. De Chile, Santiago, 1951.

Heck, Egon y Benedito Prezias, *Povos indígenas: terra é vida*, Atual Editora, Sao Paulo, 1999.

Hoekema, André y Willem Assies, "La administración de recursos: entre autonomía y cogestión" en Assies, Willem et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999.

Instituto Nacional de Reforma Agraria, *Relación, estado actual y resultado obtenido del saneamiento de TCOs radicadas en el INRA durante la gestión 1999 hasta la fecha*, Mimeo, La Paz, Junio 2000

Instituto Socioambiental, *Amazonia Brasileira 2000*, plano publicado por ISA, Sao Paulo, 2000.

-----, *Computo da situacao das terras indígenas no Brasil*, Mimeo, Sao Paulo, 22/09/2000.

Iturralde, Diego, "Desarrollo indígena; los retos de final de siglo" en Magdalena Gomez, *Derecho Indígena*, INI-AMNU, Mexico, D.F., 1997.

Mares, Carlos F., *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Juruá ed., Curitiba, 2000.

Martinez, José, *Proceso de titulación de las Tierras Comunitarias de Origen (TCOs) en las tierras bajas de Bolivia*, 2000, disponible en internet en www.kolla.net/club/tierra.

Martinez, José ed., *Atlas Territorios Indígenas de Bolivia*, Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia, Santa Cruz, 2000.

Martinez Cobo, José, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, vol V, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones*, Nueva York, Naciones Unidas (ECN.4/Sub.2/1986/7/ Add.4)

Munoz, Jorge, *Los mercados de tierras rurales en Bolivia*, CEPAL (serie Desarrollo Productivo No 61), Santiago, 1999.

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989*.

Plant, Roger, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra en los países en desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1992.

Plant, Roger y Soren Hvalkof, *Land titling and indigenous peoples*, Inter-American Development Bank, Washington D.C., 2000 (inedito citado con autorización del autor)

Ñanculef, Juan, "El concepto territorial en el pueblo mapuche" en *Nutram*, No 4 de 1989, p. 5-9.

Ricardo, Fany org., *Interesses minerários em Terras Indígenas na Amazonia Legal brasileira*, Documentos ISA No 6, Sao Paulo, 1999.

Santilli, Juliana, "A protecao jurídica ás terras indígenas e a seus recursos naturais", en Kasburg, Carola y Maria Gramkow org., *Demarcando terras indígenas. Experiencias e desafios de um projeto de parceria*, FUNAI; PPTAL; GTZ, Brasilia, 1999.

Secretaría de la Reforma Agraria (México), *La Transformación Agraria; origen, evolución, retos, testimonios*, 2da ed. México D. F., 1998.

Stavenhagen, Rodolfo, "Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina", en *Revista de la CEPAL*, Agosto 1997, p. 61-73.

-----, Stavenhagen, Rodolfo, (Relator Especial ONU), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002.

Toledo, Victor, "Todas las aguas. El subsuelo, las riberas, las tierras" en *Anuario Liwen* No 4, Junio de 1997, p. 36-79.

Urioste, Miguel, *Bolivia: Estrategia para la reducción de la pobreza rural a través del desarrollo productivo rural. Fortalecimiento de las mancomunidades de municipios y de los derechos de propiedad de los recursos naturales*, (2000) documento inédito preparado para el BID, citado con autorización del autor.

van den Berg, Hans, "Religión aymara" en van den Berg, Hans y Norbert Schiffers ed. *La cosmovisión aymara*, UCB/Hisbol, La Paz, 1993.

Zuñiga, Gerardo, "Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina" en *Nueva Sociedad*, No 153, enero-febrero 1998, p. 141-155.

CUADROS.**Cuadro 1****AMÉRICA LATINA: POBLACIÓN INDÍGENA CENSADA Y ESTIMACIONES
POR PAÍSES, DÉCADA DE 1990.**

País	Censos y Estimaciones	Año	Población	%
Bolivia	Censo	1992	3.058.208 (a)	59.0
	Estim.	1992	5.600.000	81.2
Brasil	Estim.	1992	1.500.000 (b)	1.0
Colombia	Censo	1993	744.084	2.2
Chile	Censo	1992	998.385 (c)	10.3
Ecuador	Estim.	1992	3.800.000	35.3
Guatemala	Censo	1994	3.476.684	42.8
	Estim.	1992	4.600.000	49.9
Honduras	Censo	1988	48.789 (d)	1.3
México	Censo	1990	5.282.347 (d)	7.4
	Estim.	1992	10.900.000	12.9
Nicaragua	Censo	1995	67.010 (d)	1.8
Panamá	Censo	1990	194.269	8.3

Paraguay	Censo	1992	29.482	0.7
Perú	Estim.	1992	9.000.000	40.2
Venezuela	Censo	1992	314.772 (e)	0.9

Fuente: Adaptado de Bello, Alvaro y Marta Rangel (CEPAL), *Etnicidad, "Raza" y Equidad en América Latina*, CEPAL, Santiago, 2000, p. 17

(a) Población de 6 años y más. (b) El Censo de 1991 en Brasil da una población indígena de 294.131 (0.2%) (c) Población de 14 años y más.

(d) Población de 5 años y más. (e) Censo Indígena.

Cuadro 2
Bolivia
Propiedades saneadas y tituladas
(A septiembre de 2000)

Comunidades Ayoreas Como TCOs	Superficie (has.)	Financiamiento Empresa	Fecha de Resolución de Dotación y Titulación
SANTA TERESITA – Santa Cruz – Chiquitos y Cordillera	77.545	PDPI - CONSULTER*	11.10.99
TOBITE II – Santa Cruz – Chiquitos	26.103	PDPI - CONSULTER	1.12.99
ZAPOCO – Santa Cruz – Ñuflo Chávez y Velasco	43.344	PDPI - CONSULTER	1.12.99
GUAYE RINCÓN DEL TIGRE – Santa Cruz – G. Busch	97.871	CONSULTER	11.10.99
GUARAYOS	413.018		
YURACARE (Cochabamba - Chapare y Carrasco)	241.000	DANIDA. CERES, PREFECTURA CLASS	2000
COMUNIDADES TITULADAS			
CAIPEPENDI – Santa Cruz- Cordillera	63.609	Consortio /IP/CES/KWC	R.S.** 14.10.98
LA PAZ, ORURO, POTOSÍ Y TARIJA	240.351		

COLONOS TITULADOS			
SAN JULIÁN – Santa Cruz	1.947		
ÁREA PROTEGIDA TITULADA			
ESTACIÓN BIOLÓGICA DEL BENI – Beni Ballivián	135.274		Res. Adm.: SAN-SIM 6.7.97 Res. Adm.: 15.7.99
TOTAL	1.340.035		

Fuente: Fundación TIERRA en base a datos del INRA

* PDPI: Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas - Empresa CONSULTER

** R.S.: Resolución Suprema

En Urioste, Miguel, *Bolivia: Estrategia para la reducción de la pobreza rural a través del desarrollo productivo rural*, documento elaborado para el BID, octubre de 2000 (inédito facilitado por el autor), Anexo 9 Cuadro 6.

Cuadro 3

CÓMPUTO DE SITUACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS EN BRASIL

Situación Jurídica	Nº	% del nº de Tierras	Extensión Ha.	% de extensión de Tierras
Por Identificar (2 interdictas)	58		2.697.000	
En Identificación (2 interdictas)	56		41.100	
En Identificación / Revisión	24		1.474.506	
Con Restricción de uso a no Indígenas	8		570.970	
Total	146	25,35	4.783.576*	4,61*
Identificada/Aprobada/Funai. Sujetas a constestación	17	2,95	3.380.511	3,26
Delimitada (24 en demarcación)	68	11,81	19.714.317	19,01
Reservadas	13		71.357	
Homologadas	72		17.395.620	
Registradas	260		58.367.862	
Total	345	59,90	75.834.839	73,12
Total en Brasil	576		103.713.243	100,00%

* Un porcentaje de las tierras a identificar y en identificación tienen una distorsión en si, por cuanto la superficie de esas tierras aún no están definidas o publicadas.

Fuente: Instituto Socioambiental, Sao Paulo, septiembre de 2000.

Cuadro 4

TIERRAS INCORPORADAS AL PATRIMONIO INDIGENA 1994-2000

Programa	Has.	Familias
Subsidio (art. 20 letra a)	7.760,78	688
Subsidio (art. 20 letra b) (predios en conflicto)	31.203,74	2.906
Traspaso de predios fiscales	112.146,01*	3.484
Saneamiento propiedad indígena	19.247,28	1.541
TOTAL	170.357,81	8.619

*Alrededor de 20 mil has. tienen aún tramites pendientes para su traspaso a indígenas.

Fuente: CONADI, Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, *Informe de Gestión 1994-2000*, 2001 (inedito), con comentario y adecuaciones del autor.