

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

EL COLEGIO DE MEXICO

La Legislación Indigenista y los Derechos Humanos de las
Poblaciones Indígenas en América Latina

Rodolfo Stavenhagen

(Con la colaboración de Tania Carrasco, Luis Díaz Müller, Mario Ibarra, Carmen Junqueira, Diana Miloslavich, Salomón Nahmad, Luis Alberto Padilla, Eunice Paiva, Nemesio Rodríguez, Stéfano Varese)

México, D.F., 1985

LA LEGISLACION INDIGENISTA Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES
INDIGENAS EN AMERICA LATINA

		Núm. de págs.
	Introducción	7
Capítulo I	Antecedentes históricos.	16
Capítulo II	Los indígenas en el pensamiento político de América Latina.	25
Capítulo III	La legislación indígena.	153
Capítulo IV	Las instituciones indigenistas.	30
Capítulo V	Los movimientos indígenas y sus planteamientos.	54
	- Anexo: Declaraciones y Documentos	126
Capítulo VI	Legislación internacional.	62
Capítulo VII	Violaciones a los derechos humanos de las poblaciones indígenas.	95
Capítulo VIII	Implicaciones jurídicas de la discriminación al indígena en Guatemala.	58
	Luis Alberto Padilla	
Capítulo IX *	Los derechos humanos de las poblaciones indígenas y la legislación indigenista en México.	139
	Salomón Nahmad	
Capítulo X	Derechos étnicos en el Perú	60
	Stéfano Varese	
Capítulo XI	La legislación brasileña y los derechos humanos de las poblaciones indígenas en Brasil.	93
	- Apéndice	36
	Carmen Junqueira Maria Eunice Paiva	
Capítulo XII	Conclusiones	21
	Referencias bibliográficas	
	Bibliografía selectiva sobre legislación indígena en América Latina	15

I N T R O D U C C I O N

Este trabajo surgió como respuesta a una preocupación acerca de la situación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en América Latina. Es ampliamente conocido, y está profusamente documentado en la literatura, el hecho de que la población indígena del continente ocupa, por lo general, las posiciones más bajas en la escala de los índices socio-económicos y en la estratificación social de nuestros países. Los programas de gobierno, conocidos genéricamente bajo el nombre de indigenismo, se han preocupado fundamentalmente por elevar los niveles de vida material de las poblaciones indígenas, a través de proyectos de desarrollo de la comunidad, planes educativos, programas médico-sanitarios, etc. Un problema más complejo es el de la tierra de las comunidades indígenas, vinculado como lo está a la problemática general de la estructura agraria y a los diversos procesos de reforma agraria y contrarreforma agraria que han tenido lugar en distintos países del continente.

Pero la problemática de las poblaciones indígenas no se reduce a carencias de orden material ni al desafío del desarrollo económico y social. Se trata de algo mucho más profundo y complejo: la posibilidad de la supervivencia de más de cuatrocientos grupos étnicos indígenas del continente, con alrededor de treinta millones de habitantes, como colectividades con identidad étnica y cultura propias, en el marco de las sociedades nacionales. Por la violación de los derechos humanos de los grupos indígenas no se manifiesta

solamente por las carencias de orden material y los procesos de despojo y explotación de los que son objeto, y que han sido extensamente documentados en los últimos años, sino también porque se les ha negado sistemáticamente la posibilidad de poder conservar y desarrollar sus propias culturas (incluyendo, desde luego, sus lenguas, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social).

La mayoría de los indígenas en América Latina constituyen colectividades de campesinos pobres, cuyos deprimentes niveles de vida son el resultado de un largo proceso histórico y de la forma en que los pueblos indígenas fueron insertados primero en el sistema colonial y posteriormente en la estructura económica de las repúblicas independientes de América Latina. Su explotación ha sido doble: por una parte, una explotación de clase, por su condición precisamente de campesinos pobres y marginados, carentes de tierras y de recursos, insertos en muchos casos en sistemas de explotación semi-feudales de mano de obra (peonaje, pongueaje y otras formas de servidumbre vinculadas a la existencia del latifundio en el agro latinoamericano). Por otra parte, por su condición étnica de indígenas, discriminados y despreciados por el racismo inherente y los sentimientos de superioridad cultural de la sociedad nacional, dominada por los valores culturales "occidentales".

Ambos factores, la explotación de clase y la discriminación étnica, han llegado a configurar un cuadro en el cual se presentan en ocasiones violaciones masivas de los derechos humanos de los

pueblos indígenas: asesinatos y masacres (que han sido incluso calificados de genocidio), despojo de tierras, privaciones injustas de la libertad, la no aplicación de garantías individuales constitucionales, discriminación en la aplicación de las leyes y los procedimientos judiciales, traslados forzosos de población, obstáculos a la participación política, etc. En años recientes estas violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas han sido denunciadas por las propias organizaciones indias, por grupos y comités de defensa de los derechos humanos, partidos políticos, agrupamientos religiosos y asociaciones de universitarios e investigadores. En 1980 se reunió en Rotterdam, Holanda, el Tribunal Russell para estudiar y denunciar esta situación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de estos temas y diversos foros de la Organización de las Naciones Unidas también han proporcionado un eco a las denuncias cada vez más numerosas e insistentes al respecto.

La tesis principal de este trabajo es que la violación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas de América Latina no es un fenómeno aislado ni fortuito, sino que responde a condiciones estructurales propias de la historia económica y política de la región. Lo que es más, ^{por} la estructura jurídica e institucional de nuestros países, enraizada en el sistema de gobierno de la Colonia y en el liberalismo económico y político del siglo XIX, es el marco que permite precisamente --sin proponérselo-- la violación de los derechos humanos de la población indígena. Las legislaciones nacionales, en la medida en que

afectan a las poblaciones indígenas, han sido en gran medida responsables de la situación de estos pueblos, que hoy en día es cada vez más criticada. Y estas legislaciones surgen de una concepción del Estado y de la sociedad nacional que favorece precisamente tal situación. Es, pues, en la legislación misma y en la filosofía sobre el Estado y la nación, en la que encontraremos las raíces de la problemática situación de los derechos humanos de los indios.]

En el primer capítulo de este trabajo se hacen algunas consideraciones sobre la política indiana de la Corona española durante el periodo de la Conquista y la Colonia. En el segundo capítulo se analiza brevemente el pensamiento político latinoamericano del siglo XIX en relación a la población indígena. El Tercer capítulo constituye un análisis comparativo relativamente detallado de la legislación indigenista en América Latina, y se hacen algunas consideraciones sobre el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. El capítulo IV hace una breve descripción y evaluación de las instituciones indigenistas y su funcionamiento.

El quinto capítulo presenta los planteamientos y las demandas de las organizaciones indígenas. En el siguiente capítulo se pasa en revista la legislación internacional relativa a las poblaciones indígenas, y finalmente, se presentan en cuatro monografías nacionales, estudios de casos sobre la situación jurídica y los derechos humanos de los indios en Brasil, Guatemala, México y Perú. También se agrega una bibliografía selectiva sobre el tema.

En la preparación de este trabajo intervinieron varias instituciones y diversos investigadores, es decir, se trata realmente de un trabajo colectivo. El estímulo original para la realización de esta investigación fue proporcionado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y particularmente por su director en esa época (1983), el Dr. Hernán Montealegre. El trabajo de investigación se fue llevando a cabo por un equipo de especialistas dirigido por Rodolfo Stavenhagen, principalmente concentrados en El Colegio de México, que proporcionó infraestructura y ayuda material al proyecto. También ha colaborado activamente el Instituto Indigenista Interamericano, cuyo director general, el Dr. Oscar Arce Quintanilla acogió con mucho entusiasmo la idea de este estudio. El I.I.I. no solamente aportó recursos humanos y valiosa información de su biblioteca, sino también solicitó oficialmente a los gobiernos de sus estados miembros la información legal indispensable para la realización del trabajo. El antropólogo Sergio Delgado, secretario general del Instituto, colaboró activamente desde el principio en la planeación y realización del estudio. El Instituto Nacional Indigenista de México, proporcionó durante 1983, cuando era dirigido por el antropólogo Salomón Nahmad, valiosa colaboración al proyecto. El Centro Antropológico de Documentación de América Latina (CADAL) y en lo particular su director, el antropólogo Nemesio Rodríguez, han colaborado estrechamente en la concepción y realización de este trabajo, particularmente en lo que se refiere al análisis del material documental proveniente de las organizaciones y los movimientos indígenas. Finalmente, debe

mencionarse la contribución de la Universidad de Naciones Unidas, a través de su proyecto sobre "Minorías étnicas y desarrollo social", del cual este estudio forma parte.

En este trabajo colectivo, diversos colaboradores asumieron distintas responsabilidades. Los capítulos II (sobre los indígenas en el pensamiento político latinoamericano); una parte del capítulo III (sobre el derecho consuetudinario) y el capítulo IV (las instituciones indigenistas) fueron redactados en su primera versión por la antropóloga Tania Carrasco. La mayor parte del capítulo III (análisis comparativo de la legislación indigenista en América Latina) fue preparado originalmente por el Dr. Luis Díaz Müller. El capítulo V sobre las organizaciones y movimientos indígenas lo preparó el antropólogo Nemesio Rodríguez con base en el acopio de documentos existentes en el CADAL, que él dirige. También preparó el material para el capítulo VI sobre las violaciones a los derechos indígenas. Mario Ibarra del DOCIP en Ginebra, quien tuvo acceso a informaciones gentilmente proporcionadas por la Organización Internacional del Trabajo y el Centro de Derechos Humanos de la O.N.U., redactó una primera versión del capítulo VII sobre los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Los estudios de casos sobre los distintos países fueron redactados por Carmen Junqueira y Eunice Paiva (Brasil), Luis Alberto Padilla (Guatemala) Salomón Nahmad (México) y Stéfano Varese (Perú). La bibliografía fue preparada por Verónica Valenzuela y Diana Miloslavich, con material proveniente sobre todo de la biblioteca del Instituto

Indigenista Interamericano, y con la ayuda de la Unidad de Cómputo de El Colegio de México.

Elia Aguilar contribuyó con su eficiencia de siempre a asegurar los múltiples aspectos técnicos, administrativos y secretariales del proyecto. A todos ellos mi agradecimiento sincero.

La responsabilidad final de este trabajo y de sus errores y deficiencias, es del director del proyecto.

Rodolfo Stavenhagen

México, diciembre 1984

Capítulo I

Antecedentes históricos

No se puede entender la situación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en América Latina sin hacer referencia a las modalidades de la conquista ibérica y a la inserción del continente y de sus habitantes originales en el sistema colonial. En efecto, la violación sistemática de los derechos humanos de los nativos del continente americano comenzó en el momento mismo de la invasión europea. Sus condiciones actuales, su relación con el Estado, sus problemas, carencias y demandas tienen su origen en el hecho de la conquista y del establecimiento del sistema colonial.

No basta con recordar que toda conquista tiene sus conquistadores y sus conquistados. No basta con recordar que todo sistema colonial tienen sus colonizadores y sus colonizados. De hecho, la situación de los indígenas de América sólo se fue definiendo a lo largo de un proceso jurídico e institucional en el cual fueron establecidos los mecanismos y las instituciones que habrían de normar las relaciones entre los indígenas y los no indígenas en el transcurso de tres siglos de coloniaje, y mediante el cual se fue conformando la posición de los indígenas en el marco de la sociedad global.

El punto de partida del sistema de relaciones entre la población indígena y la no indígena fue el momento del primer contacto entre los europeos y los entonces llamados "naturales", determinado éste no solamente por el fortuito encuentro de dos civilizaciones,

sino por la percepción que aquéllos tuvieron de los primeros. El meollo de la cuestión estaba en la forma en que los europeos "vieron" y "conocieron" a los indígenas, es decir la forma en que los fueron integrando cognoscitivamente en su universo semiótico e ideológico. En otras palabras, se trata de determinar el encuentro y la relación con "el otro".^{1/}

La relación con el Otro fue la base misma del nuevo sistema de dominación que establecieron los españoles en América. Cristóbal Colón, si bien se refería a la bondad y la generosidad de los indios que encontraba en las islas, fue incapaz de aceptar su cultura, su especificidad, su "diferencia", porque su esquema ideológico y semiológico no se lo permitía. La negación del Otro, es decir del indio, de su cultura y de su humanidad, fue característico de Colón y de muchos de los que lo siguieron, y esa negación del Otro constituyó la base del dominio español y de la opresión y explotación de los indígenas. La negación del Otro es la primera y más fundamental violación de los derechos humanos.

No fue desde luego la única. El concepto mismo de "descubrimiento" le dió al encuentro de dos mundos que se habían desarrollado paralelamente pero ignorándose, un giro europeizante que hasta hoy persiste en gran medida en la visión de lo americano y de lo indígena. (Recordemos simplemente el uso ideológico al que se prestan las preparaciones para la celebración en 1992 del "Quinto Centenario"). Lo mismo puede decirse del uso del término "indio",

que ha sido calificado como un típico concepto de la "situación colonial", concepto mediante el cual se redujo la especificidad y la enorme variedad de pueblos americanos (hoy se diría, naciones o grupos étnicos) a una sola masa indiferenciada de indígenas explotables y convertibles (a la fe...) ^{2/}

La relación con los indios comenzó a preocupar a las autoridades reales al poco tiempo de haberse realizado el primer contacto. Y esta preocupación se transformó en un aparato jurídico e institucional que había de normar y reglamentar las relaciones entre españoles e indígenas durante más de tres siglos de coloniaje, y que hasta hoy día configura la relación entre poblaciones indígenas y el estado en América Latina.

Desde el segundo viaje de Cristobal Colón, en 1497, los reyes le entregan una Instrucción en la cual ya se hace referencia a las poblaciones indígenas. "Primeramente, que como seáis en las dichas islas, Dios queriendo, procureis con toda diligencia de animar e atraer a los naturales de las dichas Indias a toda paz e quietud, e que nos hayan de servir e estar so nuestro señoría e sujeción benignamente, e principalmente que se conviertan a nuestra santa fe católica y que a ellos y a los que han de ir a estar en las dichas Indias sean administrados los Santos Sacramentos por los religiosos e clérigos que allá están en fueren; por manera que Dios Nuestro Señor sea servido, y sus conciencias se aseguren." Algunos meses más tarde, otra Instrucción a Colón determina que vayan algunos religiosos a las Indias para que "procuren convertir a

nuestra santa fe católica a los dichos indios naturales de las dichas Indias.." Y en 1609, el rey Fernando V instruye a Diego Colón para ir de gobernador a la isla Española: "direis de mi parte a los caciques e otros indios principales de la dicha isla, que mi voluntad es que ellos y sus indios sean bien tratados como nuestros buenos súbditos y naturales... habeis de dar orden que los indios no hagan fiestas ni cerimonias que solían hacer, si por ventura las hacen, sino que tengan en su vivir la forma que las otras gentes de nuestros reinos, y esto se ha de procurar en ellos poco a poco y con mucha maña, y sin los escandalizar ni maltratar por quanto a causa de andar los indios vagamundos y no querer trabajar, pagándolos lo que justamente habían de haber..." En 1513 el rey instruyó a Pedrarias Dávila, quien se dirigía al Darien: "Esto es mas necesario que allá se faga ansi que no en la Ysla Española por que los yndios son más aplicados al trabajo y an acostumbrado sienpre a olgar y avemos visto que en la Española se van huyendo a los montes por no travajar..."^{3/} A los pocos años, los indios de la isla Española (hoy Santo Domingo) habían sido exterminados!

El "descubrimiento" de América planteó un serio problema jurídico a los españoles. De él se ocuparon los reyes, los clérigos, los filósofos y los juristas. Aunque la "legitimidad" de la conquista la derivaban los reyes católicos de las Bulas papales de Alejandro VI y del Tratado de Tordesillas de 1494, durante muchos años los tratadistas siguieron polemizando con pasión y vehemencia acerca los "títulos" que supuestamente daban derecho a la Corona

española sobre las tierras y las poblaciones de América. Desde el inicio se fueron perfilando dos grandes corrientes de opinión al respecto. La primera posición, representada por tratadistas tales como Gregorio López, miembro del Consejo de Indias y Solórzano Pereira, autor de la célebre obra POLITICA INDIANA, afirmaba el derecho de conquista por ser los indios "bárbaros, pecadores, infieles y viciosos... Todos los infieles, sin distinción alguna, quedaban catalogados como posibles súbditos del mundo cristiano, comprendidos bajo la jurisdicción del Papado, que podía en un momento cualquiera anular la organización y el régimen jurídico de los gentiles. Sarracenos e indios debían merecer igual trato de los cristianos." La segunda posición, representada por pensadores de la talla de Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria negaba el poder temporal del Papado sobre los infieles, tampoco aceptaba la supuesta jurisdicción universal del Emperador, y distinguía varias clases de infieles, separando los sarracenos, enemigos e invasores de tierras cristianas, de los indios de América, que no dañaban ni poseían tierras antes pertenecientes a imperios cristianos. Sostenía que el Derecho natural amparaba las personas y bienes de los gentiles y que, sola la infidelidad, no era causa suficiente para el despojo. Francisco de Vitoria afirmaba: "los indios aunque infieles antes de la llegada de los españoles eran legítimos señores de sus cosas, pública y privadamente."^{4/}

La Corona, desde luego, resolvía estas cuestiones pragmáticamente según más convenía a sus intereses, y tomaba de unos y otros de estos tratadistas según sus conveniencias. Vitoria, adujo como

título legitimizador de la conquista el de la barbarie de los indios, o sea, que por no saber estos gobernarse por si mismo, podían, y les convenía, ser sujetos por los españoles. Gines de Sepúlveda, el célebre polemizador contrincante de Las Casas, "básándose en Aristóteles declaró que los indios eran bárbaros, amantes y siervos por natura; los creía necesariamente ligados a los hombres de razón superior, como eran los europeos, relación que beneficiaba a ambos, porque por la misma naturaleza, los unos debían gobernar y los otros, faltos de capacidad propia, sujetarse; si los indios resistían podían ser dominados por guerra." Según Solórzano Pereira, las soluciones que los diversos autores propusieron para el tema indiano, fueron: Vocación Divina: Dios, que es quien dispone de los Imperios, quiso que los indios fuesen sujetos a los españoles y privados de sus reinos por sus muchos pecados. Hallazgo: las tierras nuevas y deshabitadas son de quien las descubre, según el Derecho. Si las tierras están habitadas, cabe sujetar a los habitantes por guerra justa, cuando media causa suficiente. Barbarie: los indios por su carencia de razón deben sujetarse por ley natural a los españoles, quienes los elevaran a la vida racional. Los indios tienen costumbres depravadas y faltan a la ley de naturaleza, para remediar lo cual pueden intervenir los españoles. Los indios son infieles y además idolatras, sujetables por elló..."^{5/}

Una vez asegurada la "toma de posesión" de un territorio, acto ritual y formal a través del cual los reyes se arrogaban el

derecho de disponer de tierras y poblaciones ajenas, la Corona autorizaba a quienes de hecho practicaban el descubrimiento y la conquista a realizar toda una serie de actividades económicas y obtener beneficios y privilegios, a cambio de determinadas obligaciones ante el rey. Esta autorización se concedía a través de las capitulaciones, que constituían contratos o cartas-mercedes entre la Corona y los particulares. En algunas de estas capitulaciones se hacía referencia al buen trato que había de darse a los indios. Por ejemplo, en la capitulación a Francisco Pizarro se le manda encomendarlos; en otra, en cambio, se permite que se tomen por esclavos a aquéllos que fuesen rebeldes una vez amonestados y requeridos.^{6/}

En todo esto, la discusión en torno de la naturaleza y la condición de los indios siguió ocupando la atención de los letrados del siglo XVI. Este debate se hizo particularmente agudo cuando los dominicos, y luego otros clérigos, comenzaron a reaccionar contra el duro trato que los colonos españoles daban a los indios. En la Española, los jerónimos redactaron un interrogatorio sobre la capacidad de los indios, a fin de resolver si iban a vivir como hombres libres, o continuar encomendados. "Las respuestas, dice Zavala, fueron poco favorables para los indios: se dijo que carecían de razón, que no guardaban las costumbres cristianas, que no sabían vivir como libres, etc." El dominico Fray Tomás Ortiz, en 1525, afirmaba que los indios "comían carne humana... " ninguna justicia había entre ellos, andaban desnudos y no tenían vergüenza, eran como asnos abobados, alocados e insensatos

y no temían en nada matarse ni matar ni guardaban verdad si no era en su provecho, eran inconstantes, no sabían qué cosa era consejo, ingratisimos y amigos de novedades, se preciaban de borrachos, eran bestiales en los vicios, ninguna obediencia ni cortesía tenían mozos a viejos ni hijos a padres, no eran capaces de doctrina ni castigo, eran traidores, crueles y vengativos, haraganes, ladrones, hechiceros, cobardes, no guardaban fe el marido a la mujer ni ésta al marido, carecían de barbas y si algunas les nacían se las arrancaban: 'nunca crió Dios gente más cocida en vicios y bestialidades, sin mezcla de bondad o policia.' "No podía extrañar, a raíz de descripciones tan contundentes, que existiera opinión favorable a la esclavitud de los indios. Sin embargo, la actitud de la Corona fue ambigua y vacilante al respecto. En 1530 se expidió una cédula real prohibiendo la esclavitud, pero en 1534 se autorizo de nuevo. Frente a estas tendencias, se alzó la voz de Antonio de Montesinos, desde 1511, en varios célebres sermones, y más tarde, influido por el propio Montesinos, la de Fray Bartolomé de las Casas, quien afirmaba que los indios, como criaturas de Dios, participan de los atributos humanos; tienen por lo tanto uso de razón; son por eso capaces de religión, de virtud, de vivir como libres en sociedad civil y de tener propiedades, leyes, y gobiernos legítimos, todo lo cual han demostrado prácticamente tener y usar antes de la llegada de los españoles.^{7/}

Poco a poco se fue estableciendo un conjunto de normas y reglas para encuadrar a los indígenas en un sistema de relaciones

que los mantenían subordinados al dominio del colonizador y que en gran medida conforman aún hoy, por sus efectos históricos, las relaciones entre Indios y no Indios en América Latina. Este sistema abarcaba los más diversos aspectos, el militar, el religioso, el económico, el político, el educativo, etc.

En lo político, diversas leyes, cédulas y ordenanzas, reunidas en la Recopilación de Indias afirman que era necesario que los indios guarden sus usos y costumbres, si éstas no son claramente injustas. Por ejemplo, en 1542 se ordenó a las Audiencias de Indias: "no den lugar a que en los pleitos de entre indios, o con ellos, se hagan procesos ordinarios, ni haya largas, como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos..." Y en 1580 se repite: "Como sabeis, teneis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos, es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en tiempo de su gentilidad..." En la Recopilación de Indias se dice nuevamente: "ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos..." De estas disposiciones,

concluye Silvio Zavala, se desprende el propósito de la legislación española de mantener en cierta forma las antiguas realidades políticas de los pueblos indios. Hubo, desde luego, prohibiciones de diverso tipo, como aquélla de que los indios no podían usar caballos ni armas (instrumentos y símbolos del poder español!). Sin embargo, concluye Zavala, "Las formas jurídicas medievales de Derecho público, que autorizaban dentro del Estado entidades organizadas con cierta autonomía, explican el estatuto político de los indios dominados. Cuando Humboldt visitó Nueva España al final de la colonización española, aún advertía que los indios formaban como una nación aparte, privilegiada en derecho y vejada por todos, incomunicada de españoles y mestizos por las leyes. Los caciques aún tenían la jefatura nominal de sus pueblos, pero eran trabajadores del campo, como los indios comunes."^{8/}

Para llegar al establecimiento de un sistema de dominación política como el que se iba perfilando en la Recopilación de Indias, había sido necesario someter militarmente a aquéllos que no se resistían a aceptar la religión católica y no se sometían voluntariamente al dominio de la Corona. También sobre las causas y la naturaleza de la guerra contra los indios se discutía mucho entre los juristas españoles. Se fue desarrollando la teoría de la "guerra justa", es decir, la que se podía hacer legítimamente en contra de los indios que no aceptaban la fe católica o que se resistían al dominio político español, o que agredían a los propios españoles. Para legitimizar su acción en la guerra contra los indios, nuevamente los españoles inventaron un documento formal, el Requerimiento,

el cual debía ser leído a los indios para comunicarles que eran súbditos de la Corona y que tenían que aceptar el cristianismo. Sólo si no hacían caso al Requerimiento, les era permitido a los españoles hacer la guerra. Cumpliendo con los requerimientos, Hernán Cortés, en una de sus expediciones dijo a un cacique:

"que iba por mandado de V.M. a ampararlos y defenderlos, así sus personas como sus haciendas, y hacer saber como habían de tener y adorar un solo Dios, y que asimismo les venía a hacer saber como en la tierra esta V.M. a quien el universo por providencia divina obedece y sirve; y que ellos asimismo se habían de someter y estar debajo de su imperial yugo y hacer lo que en su real nombre los que aca por ministros de V.M. estamos, les mandásemos y haciéndolo así, ellos serían muy bien tratados y mantenidos en justicia, y amparadas sus personas y haciendas, y no lo haciendo así, se procedería contra ellos y serían castigados conforme a justicia." ^{9/}

Comentando el formalismo extremo de los requerimientos, Bernal Díaz del Castillo relata: "se les escribió una carta y aunque sabíamos que no la habían de entender, sino como veían papel de Castilla, tenían por cierto que era cosa de mandamiento." ^{10/} Un autor contemporáneo concluye con respecto al uso del requerimiento: "En la práctica... ofreció dificultades; o bien porque no se les traducían a los indios, o bien porque se les leía en circunstancias inadecuadas (cuando huían), o bien porque los mismos indígenas lo refutaban, o porque se les leía una vez que se les había atacado." ^{11/} Según el Requerimiento los indios tenían la obligación de reconocer a la Iglesia como supremo gobernante del mundo y permitir que se les

predique la fe. Un autor resume: "Si los indios reconocen inmediatamente estas obligaciones, todo irá bien; pero si no lo hace, el Requerimiento registra, como conclusión, las medidas punitivas que adoptaran los españoles rápidamente. Entraran en la tierra con el fuego y la espada, subyugaran por la fuerza a los habitantes a la Iglesia y a la Corona, y por último, según palabras del documento, los españoles avisan a los indios:

'Y tomaré vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos, y como tales, los venderé y dispondré de ellos como Su Majestad mandare, y os tomaré vuestos bienes y os haré todos los malos y daños que pudiere, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir su señor y le resisten y contradicen; y protesto que las muertes y daños que de ella se recrecieren sea vuestra culpa, y no de Su Majestad, ni mía, ni de estos caballeros que conmigo vinieron...'^{12/}

(Fueron variadas y a veces contradictorias las disposiciones de la Corona relativas al trato con los indios. "Cristobal Colón había querido imponer un tributo a los indios como súbditos que eran de la Corona, pero fracasó. Implantó entonces la encomienda; es decir, repartió los indios entre los españoles (1499), los cuales exigían de aquéllos un servicio o trabajo personal. A cambio el encomendero tenía que dar instrucción religiosa al indígena y se obligaba a defender la tierra. Enterada la reina, manifestó su desagrado por esta libre disposición del Almirante, de tal manera que en 1502 Nicolás de Ovando llevara instrucciones para suprimir las encomiendas y poner a los indios bajo la Corona, a la que debían pagar tributo. El proyecto fracasó y en... 1503 Ovando quedaba autorizado a encomendar indios. Pero si los 1,500

colonos que habían pasado con Ovando no estaban muy dispuestos a trabajar, tampoco los indígenas sentían especial vocación por el trabajo y huían a los montes... En 1509 se ordena que los indios sólo sirvan uno o dos años y no por vida, pero no se cumplió, ya que se solían tener hasta por dos vidas, y se presionaba para que los descendientes de los pobladores los heredaran."^{13/}

Al crecer las protestas de los clérigos, el rey convocó a una junta en Burgos en 1512, en la cual se reconoció la libertad del indio pero también la justicia de la encomienda. Las Leyes de Burgos, promulgadas en ese año, constituyen el primer cuerpo básico del estatuto indígena. Establecen una serie de obligaciones de los encomenderos para con los indios; pero muy pronto fueron superadas por nuevas leyes y ordenanzas.^{14/}

Durante toda la primera mitad del siglo XVI arreció la polémica acerca del trato a los indios y la disputa sobre las instituciones que debían normar las relaciones entre el colonizador y los indígenas. Pese a diversos intentos por abolir la encomienda como forma de control y explotación de la población indígena, esta se mantuvo, aunque fue duramente atacada por Las Casas y otros defensores de los indios. La presión de estos clérigos condujo finalmente a la aprobación por el rey de un nuevo cuerpo de ordenanzas conocido como las Leyes Nuevas de 1542, que en general eran bastante favorables a la población indígena. Pero estas Leyes fueron muy atacadas por los españoles de las colonias, quienes finalmente lograron que fueran prácticamente letra muerta.^{15/} sobre la encomienda se siguió legislando en España durante mucho tiempo,

las comunidades de base.

Pero al mismo tiempo la Corona fue desarrollando una política social de protección y tutela a los indios, la cual permitió mantener a las comunidades indígenas cierta autonomía y privilegios a lo largo de la época colonial, pese a encomenderos, terratenientes y autoridades eclesiásticas y reales. Toda esta legislación se concentró en la Recopilación de leyes de Indias de 1680 con la cual culminó, hasta cierto punto, la actividad legislativa española relativa a los indios de América. Posteriormente, había pocos cambios esenciales en las instituciones jurídicas coloniales que normaban las relaciones entre el Estado y los indios.)

y ésta no quedó finalmente abolida sino hasta 1721.^{16/}

[Si la encomienda llegó a ser una forma de movilización de la fuerza de trabajo indígena en beneficio del encomendero (y vale la pena recordar que no todos los españoles llegaron a ser encomenderos, también había españoles pobres en las Indias), el tributo impuesto por la Corona fue una forma directa de extracción de riqueza a favor del Estado y de la Iglesia. Hubo múltiples variantes de tributo (en trabajo y en especie), y con frecuencia la obligación de los indígenas de pagar tributo condujo a conflictos entre los representantes de la Corona y de la Iglesia por una parte, y los encomenderos por la otra, quienes alegaban que el tributo les perjudicaba a ellos. Desde luego, los más perjudicados fueron los indígenas y los estudios sobre la época de la Colonia mencionan innumerables casos en que los indios de diferentes pueblos hacían llegar sus quejas a las autoridades reales, señalando que la carga tributaria que se les imponía, aunada al sistema de explotación de la encomienda, los estaba arrojando a la miseria.^{17/}]

Varias otras formas de explotación del trabajo indígena se fueron desarrollando a lo largo de la Colonia. Entre ellas, los indígenas eran obligados a proporcionar trabajadores para las minas, los obrajes y las obras públicas, para el Estado y para la Iglesia, y a veces para los particulares, e incluso, en ocasiones para sus propios caciques indios, mantenidos por los españoles como una élite intermediaria entre la administración colonial y

Notas al Capítulo I

- (1) Esta cuestión precisamente en lo que se refiere a la conquista de América, ha sido magistralmente tratada por Todorov, (1982)
- (2) Batalla, (1972)
- (3) Morales Padrón, (1979)
- (4) Zavala, (1971) (primera edición, cap. I)
- (5) Ibid., cap. II
- (6) Morales Padrón, cap. IX
- (7) Ibid., cap. IV, pp. 47 y 53. Véase también Hanke, (1959), cap. I
- (8) Zavala, cap. VI
- (9) Hernán Cortés, Quinta Carta de Relación, citada en Zavala, p. 138
- (10) Citado por Zavala, p. 142
- (11) Morales Padrón, p. 336
- (12) Hanke, p. 67
- (13) Morales Padrón, p. 306
- (14) Ibid., cap. XII, p. 309
- (15) Hanke, pp. 148-186. Morales Padrón, cap. XVIII
- (16) Ots., (1934)
- (17) Miranda, (1952)

Capítulo II

Los indígenas en el pensamiento político de América Latina

El comportamiento de la inteligencia latinoamericana respecto a la población indígena, una vez obtenida la independencia política frente al dominio español, se caracterizó por ser episódico y circunstancial. No fueron pocas las ocasiones en que este tema estuvo ausente del conjunto de problemas que la inteligencia latinoamericana se disponía a resolver.

[Esta actitud de rechazo de lo indígena, se basó en la idea de la supuesta inferioridad del hombre americano y su cultura. Inferioridad que abarca todo el pasado colonial, es decir, tanto el pasado indígena como el hispano, y el mestizaje producto del encuentro entre lo indígena y lo español. La negación de lo que se había sido, constituía entonces la primera piedra en la edificación del nuevo hombre americano, el primer paso en la búsqueda de su identidad,] y el punto de partida por encontrar la llamada esencia de lo americano, tanto en su expresión histórica y cultural, como su expresión ontológica.

[La decisión de romper con el pasado colonial no se manifestó al momento mismo de alcanzada la independencia, sino que fue un proceso paulatino que duró varias generaciones.] Años en los cuales las nuevas generaciones fueron tomando conciencia de la dependencia que aún pesaba en las excolonias, en la medida que

se había logrado obtener la "libertad"; pero los hábitos y las costumbres establecidas por el orden español permanecían arraigados con fuerza en la mente de los latinoamericanos.

El orden que prevalecía en las excolonias continuaba siendo el mismo, sólo que sin España. Con el agravante que en nombre del pueblo se impusieron las más crueles dictaduras en el contexto latinoamericano, como los casos de: Juan Manuel Rosas en la Argentina, un hacendado militar, que enarboló la bandera de libertad y los derechos de las provincias. En el Paraguay, el Dr. José Gaspar Rodríguez. En México, el General Antonio López de Santa Ana, y así en otros países, el hombre de mentalidad colonial va estableciendo el orden que sustituye al español. Cada uno de estos caudillos independientemente de sus divisas y banderas, no era más que un aspirante a ocupar el lugar que había dejado el colonizador.^{1/}

Al respecto, el venezolano Andrés Bello (1781-1865) decía: "Arrancamos el cetro al monarca, pero no el espíritu español, nuestros congresos, sin sentirlo obedecen a inspiraciones góticas".^{2/} La Revolución Americana, -decía el argentino Domingo Faustino Sarmiento (1811-1888)- no fue movida por otra cosa que "el indudable deseo de aprovechar una ocasión propicia para sustituir la administración peninsular por una administración local".^{3/}

Frente a este orden de cosas la nueva generación de pensadores intentará transformar la mentalidad, los hábitos y las

costumbres de los pueblos americanos, para alcanzar así una nueva y auténtica independencia, a la que se llamaría emancipación mental. El chileno José Victorino Lastarria (1817-1888), afirmaba que la sociedad tiene que corregir la experiencia de sus antepasados para asegurar su futuro. Por ello era menester modificar la civilización que nos había legado España. Esta, continuaba diciendo, debía reformarse completamente porque ella era el extremo opuesto de la democracia que las nuevas generaciones se habían planteado.^{4/} Y el argentino Esteban Echeverría (1805-1851) decía: La emancipación social americana sólo podrá corregirse repudiando la herencia que nos dejó España.^{5/}

Para estos pensadores, abstraer todo el pasado del presente para construir el porvenir significó renunciar a él desde una perspectiva formal, en tanto suponía negar su propia historia considerándola impropia. Así su historia, su pasado, fue estimada como algo ajeno, como algo que no les pertenecía por no haber sido obra suya. El pasado en vez de haberseles presentado de acuerdo a una lógica dialéctica se les presentó como lo negativo por excelencia.^{6/}

En su lucha por ser sí mismos y por hacer de los países latinoamericanos naciones organizadas democrática y liberalmente, la inteligencia latinoamericana se sirvió de ideas filosóficas y modelos políticos que en gran medida eran ajenas a la realidad latinoamericana. El instrumento ideológico del cual echaron mano con el propósito de producir el cambio de mentalidad en

El instrumento ideológico del cual hicieron ^{II-4} uso con el propósito de producir el cambio de mentalidad en los pueblos, fue fundamentalmente el positivismo, cuyos exponentes principales eran Comte, Spencer y Mill. Pero del positivismo no tomaron todo, sino únicamente aquello que les serviría para dar solución a los problemas que consideraban más urgentes, y en función de estas urgencias fueron las interpretaciones que de esta filosofía hicieron los pensadores latinoamericanos.]

Los pensadores latinoamericanos del siglo XIX vieron en el positivismo una doctrina filosófica salvadora. Se les presentó como el arma más idónea para lograr su plena y verdadera emancipación mental, y con ella un nuevo orden que había de repercutir en el campo de lo político y lo social. El positivismo se les presentó también como doctrina educativa. En algunos países se lo tomó como el mejor instrumento para formar un nuevo tipo de hombre, libre de todos los defectos que heredó de la Colonia, y con un espíritu práctico al margen de las supersticiones introducidas por el Catolicismo.

El modelo político más adecuado a sus aspiraciones, lo encontraron en los países sajones: Francia e Inglaterra, pero fundamentalmente en Estados Unidos. De estos tres modelos, representantes y líderes del progreso en el siglo XIX, habrían de ser tomadas sus constituciones políticas, su filosofía, su literatura y cultura en general. En definitiva fueron los modelos conforme a los cuales se pretendía hacer una nueva historia.]

Estados Unidos representaba para esta generación de pensadores, la encarnación del espíritu liberal, de la modernidad y del bienestar del individuo sobre todas las cosas. Al respecto Sarmiento dice: "es la nueva Inglaterra, Norteamérica, la que debe servir de modelo a Hispanoamérica si en verdad quiere estar a la altura de los tiempos, a la altura del progreso. Ningún pueblo puede enseñarnos ya, salvo Norteamérica." "No esperamos nada de Europa, que nada tiene que ver con nuestras razas. Algo puede venirnos de los Estados Unidos, de donde vinieron nuestras instituciones".^{7/} Lo que podemos aprender de Norteamérica, es su capacidad de ser una raza pura, los anglosajones -dice Sarmiento- no admitieron a las razas indígenas ni como socios, ni como siervos en su constitución social. Según él esa fue la base de su éxito a diferencia de la colonización española, que aún no salía de la Edad Media al trasladarse a América y sobre todo que absorbió en su sangre a una raza prehistórica y servil.^{8/}

Para el pensador argentino, los indígenas además de tener el cerebro más reducido que los españoles peninsulares a causa de la mezcla, no piensan porque no están preparados para ello, sólo sienten. El chileno Lastarria considera que la razón por la cual Latinoamérica no pudo entrar al progreso, fue porque los españoles no conquistaron la América para colonizarla como ocurrió en Estados Unidos, sino para apoderarse de los metales preciosos. A este vicio se unió el desprecio que sintió por el dueño de la tierra americana quien junto con el "mestizo" tuvo que

soportar los trabajos más duros y degradantes. Mientras, los españoles y criollos se apartaban del trabajo y se enriquecían gracias al trabajo de los indios y mestizos.^{9/}

En este afán por alcanzar a Estados Unidos, algunos pensadores latinoamericanos como Juan Bautista Alberdi (1810-1884), Sarmiento y Jose María Luis Mora planteaban como urgente la inmigración, una inmigración sana, una inmigración europea. Es menester -decían- recibir hombres de otros pueblos, precisamente de aquéllos que sean capaces de remediar el mal causado por los hispanos al mezclarse con razas inferiores. Alberdi afirmaba "queremos que los hábitos de orden y de industria prevalezcan en nuestra América. Por tanto llenémosla de gente que posea hondamente esos hábitos."

Otra forma de inhumar todos los males hispánicos era la educación, que debía estar sustentada sobre los principios de la individualidad, el derecho de igualdad y de honor. Al respecto, José María Luis Mora pedía una educación que arrojase de las mentes las falsas quimeras, fuente de toda incomprensión y desorden; por ello era necesario reformar la educación preparando ciudadanos, que se bastasen a sí mismos, y que hiciesen con sus propias manos. En 1833 Mora hablaba ya de lo positivo, enfrentándolo a lo puramente teórico, "los hombres positivos fueron llamados a ejecutar las reformas especiales de la educación, porque la antigua educación falseaba y destruía todas las convicciones que constituyen a un hombre positivo." ^{10/}

El peruano Manuel González Prada, al igual que otros pensadores, se dió a la difícil tarea de destruir el pasado. La guerra en Chile (1879) no mostraba otro camino que romper con ese fatal pasado. Era imprescindible formar a otro tipo de hombre sobre los principios del positivismo, porque vió en él, el mejor instrumento para regenerar al Perú. Pero al contrario de los anteriores pensadores, González Prada no niega la realidad que negaron los otros, la realidad indígena, para él es una de las realidades con las cuales se ha de contar. Realidad que puede ser positiva o negativa según se la quiera solucionar. La idea de hacer del indio una raza inferior da origen a una solución negativa. Para el pensador peruano no existen razas inferiores, sólo hay hombres buenos y malos. El indio para él fue siempre igual, y en su favor alzó siempre su violenta voz.^{11/}

Pero no todos en el Perú alzaron la voz en defensa del indio, Mariano Cornejo al hablar sobre el pasado como el más grave obstáculo para alcanzar la democracia afirmaba: "hemos heredado la timidez del carácter de la raza aborigen: raza esencialmente débil de ánimo, como consecuencia de su gobierno fanático; que siempre la superstición y el fanatismo destruyen el carácter".^{12/}

A su vez otro ilustre pensador peruano Javier Prado decía: "los males han sido y son muy graves, pero hay remedio para combatirlos. Previniendo aquellos, en primer lugar, de la influencia de la raza (...) Es preciso modificar la raza, "remozar" nuestra sangre y nuestra herencia por el cruzamiento con otras

razas; es preciso aumentar el número de nuestra población, y lo que es más, cambiar su condición, en sentido ventajoso a la causa del progreso, por medio de la inmigración, pero una buena inmigración".^{13/}

El peruano Manuel Vicente Villaran también proclamó la necesidad de modificar, de transformar los hábitos y costumbres del peruano en base a los ejemplos de otros pueblos. Había que hacer del Perú una nación como los Estados Unidos de Norteamérica. Respecto al "indio" Villaran fue otro de los pensadores que defendió desde el punto de vista positivista la situación del indígena. "Es falso que el indio sea incapaz y un degenerado, es hoy, como en los tiempos de su grandeza, sano, sobrio y prolífico (...) en vez de explotarlo hay que darle los recursos necesarios a la explotación para que haga fructificar su medio, la ciencia puesta a su servicio hará de él un pueblo vigoroso y activo (...) la mejor manera de educarlo es romper el aislamiento a que se le ha sometido, poniéndolo en contacto con el blanco que trabaja".^{14/}

Al igual que Perú, Bolivia enfrentó una guerra fratricida, la guerra con Chile en 1879, de la cual salió aun más desgarrada de lo que se encontraba porque en 1880 se vio obligada a ceder a Chile las zonas salitreras de su litoral y con ellas su única salida al mar. Fue entonces que apareció en ese país el positivismo como el instrumento más adecuado para dar solución a los males, fuente de todos sus desaciertos. Bolivia en esa época

era quizá más indígena que cualquier otro país latinoamericano, pero sus pensadores se empeñaron en negar esa realidad.

Al igual que Faustino Sarmiento, los bolivianos creían que con la desaparición del indio y del mestizo, Bolivia habría de regenerarse y alcanzar el progreso. Al respecto Nicomedes Antelo, que enjuiciaba al "indio" desde el punto de vista naturalista, decía que el cerebro indígena y el cerebro mestizo eran sencillamente incapaces para concebir y entender la libertad republicana, con los derechos y obligaciones que implicaba. La causa de esta incapacidad estaba dada porque esos cerebros pesan según Antelo, entre cinco, siete y diez onzas menos que el cerebro de un blanco de raza pura. El indio no sirve para nada. Pero, eso sí -agregaba- representa en Bolivia una fuerza viviente, una masa de resistencia pasiva, una induración concreta en las vísceras del organismo social. Por el otro lado existían los mestizos, casta híbrida y estéril para la presente labor tecnológica, como el mulo para el transformismo de las especies asnar y caballar. La mezcla ha dado origen a esa clase que al mismo tiempo es revoltosa y servil, anárquica y pasiva. La propensión de la casta tiende como es notorio, al ocio, a la reyerta, al servilismo y a la intriga, gérmenes del bochinche y del caudillaje, así como del otro lado, la estupidez y el amilanamiento del indio incásico se amoldan a punto de perpetuar la sociedad en el despotismo. 15/

Por consiguiente, todos estos males que traen consigo los indios y los mestizos necesariamente tendrían que sucumbir en la lucha por la existencia, como estaban sucumbiendo en Australia hombres, plantas y animales. De manera que por virtualidad que es propia del transformismo -decía Antelo- tendrán que desaparecer cuanto antes el indio y el mestizo de Bolivia, esos dos agentes arcaicos, incásico uno y colonial el otro; que se extingan bajo la planta de la inmigración europea.^{16/}

Ante la voz implacable de Antelo respecto a la negación del indio y del mestizo, las palabras de Ignacio Prudencio Bustillo, seguidor de Spencer, resultan generosas al referirse al indio boliviano. Este pensador preocupado también por transformar la realidad de su país, echó mano del método positivista en tanto doctrina educativa. Bustillo consideraba que los esfuerzos de los bolivianos debían dirigirse a dar una educación práctica, que fuera como reverso de la educación retórica que habían recibido de las generaciones anteriores. Pensaba también que de Norteamérica los bolivianos tenían que aprender mucho. Sobre todo aquéllo que se refería a la creación de granjas modelo, por el estilo de las que Booker T. Washington había fundado en los Estados Unidos para la educación de los negros. Granjas iguales a éstas ayudarían a los indios, para que aprendieran los métodos de cultivo de la tierra. Lo que Bolivia necesitaba -afirmó- eran técnicos agrónomos y peritos mercantiles, más que letrados.

Pero no todos los pensadores latinoamericanos del siglo XIX negaron tan drásticamente el pasado colonial. Para el venezolano Andrés Bello los males que padecía la América independiente no provenían necesariamente de la raza, ni había porque imputarlos a la influencia española en la colonia. Los males de América -decía- son propios de toda la humanidad, debilidades de la misma.^{17/}

Por lo que se refiere a la obra de España en la Colonia, -dice Bello- al gobierno Español debe todavía la América todo lo que tiene de grande y de espléndido en sus edificios públicos. Y de esto, decía, debemos confesarlo con vergüenza, poco hemos podido conservar. En cuanto a la guerra de independencia, mucho debe el hispanoamericano al espíritu que ha heredado de España. Sin embargo el pensador venezolano reconocía que el hombre de América no estaba preparado aún para alcanzar plenamente el espíritu liberal, pero esos defectos no invalidaban lo bueno y positivo que legó España a los hispanoamericanos.^{18/}

En el Brasil, como en Hispanoamérica, los pensadores de la época también se nutrieron de la filosofía moderna, alentando el deseo de emanciparse de la metrópoli portuguesa, (Así mismo, vieron que el modelo político que los llevaría por el camino del progreso, se encontraba en las naciones llamadas occidentales: Inglaterra, Francia y Estados Unidos.) Pero por una serie de circunstancias especiales los planteamientos de los brasileños diferían de los hispanoamericanos, debido sobre todo a los

hechos que caracterizaron su independencia. Brasil no tuvo que recurrir a la violencia para alcanzar su emancipación de la metrópoli. Razón por la cual los pensadores brasileños no vieron un obstáculo en el pasado por ellas heredado, ni sintieron como los hispanoamericanos la necesidad de romper con su pasado ni de desligarse de él, sino por el contrario, vieron en ese pasado un buen instrumento para lograr el progreso, e incorporar su país al mundo del que querían también ser parte.

La filosofía y el pensamiento que justificaron ideológicamente esta actitud fue un eclecticismo transitorio entre la filosofía propia de la Colonia y la del Imperio. La principal figura de este pensamiento conciliador lo fue Frei Mont Alverne (1875-1868)^{19/}.

Hacia 1850, ante una serie de transformaciones sociales y económicas, como la aparición de una emergente burguesía brasileña, surgieron las primeras manifestaciones de la doctrina que habría de tomar el lugar del eclecticismo, el positivismo, la misma doctrina, que en Hispanoamérica fue vista como instrumento para el logro de una serie de cambios políticos, sociales y económicos, así como el medio más adecuado para poner fin a la anarquía. En el Brasil, el positivismo fue el instrumento más eficaz para frenar a dos fuerzas cuya orientación hubiese llevado por el camino de las guerras fratricidas que desgarraron a Hispanoamérica: la Iglesia y la Masonería.

Así mismo, vieron que el modelo político que los llevaría por el camino del progreso, se encontraba en las naciones llamadas occidentales: Inglaterra, Francia y E. U. II-13

El primer paso y primer triunfo de esta nueva mentalidad, fue la abolición de la esclavitud en 1888, sin la violencia que a la misma acompañó en Estados Unidos. Animadores de esta acción fueron Miguel Lemós (1854-1916) y Texeira Mendes (1855-1927). Para estos pensadores el ideal de orden y progreso establecido por Augusto Comte podía y debía ser establecido en Brasil. 20/

A los pensadores brasileños, parece no importarles la presencia de la población indígena de su país. En el caso de los hispanoamericanos, el "indio" constituía un obstáculo para el progreso. Para los brasileños simplemente no existía. Sin embargo, aún cuando a nivel retórico no pensaron en el "indio" brasileño para la construcción de la nación, en la práctica el modelo económico, social y político adoptado estaba encaminado a la destrucción de las poblaciones indígenas, en nombre de la libertad individual y del anhelado industrialismo.

Así pues, a la generación de los libertadores políticos había de suceder esta generación de pensadores positivistas que, como ya se ha visto, pretendían realizar en el campo de la educación la misma obra que aquéllos habían realizado en lo político. (La bandera de esta nueva generación fue la del liberalismo. El tipo de liberalismo que fue tomado sobre todo de la experiencia norteamericana), no constituía una simple bandera política, sino un programa para educar al hombre latinoamericano, para hacer de él un hombre distinto del que hiciera la Colonia.

la Colonia.

Esta fue la forma en que se hizo la historia del siglo XIX, una historia en la que una minoría llena de fe en el futuro decidió negar todo un pasado, salvo en el caso del Brasil, haciendo suyas doctrinas filosóficas y modelos políticos que muy poco tenían que ver con la realidad de las excolonias americanas. En aras de la modernidad, progreso y civilización, a los indígenas y mestizos se les negó el derecho de ser partícipes de la historia y forjadores de su futuro. Pero resultó que esta negación no era más que una utopía, pues la realidad era mucho más poderosa porque el pasado siguió presente en la vida cotidiana de todos los hombres de América. Así pues, las fuerzas de las cuales pretendieron liberarse continuaban latentes.

Al iniciarse el siglo XX, y ante el fracaso del proyecto cultural y político propuesto por la generación de pensadores que vieron en el positivismo la doctrina salvadora, surgió una nueva generación que opuso nuevas filosofías a la ideología positivista. Comte, Spencer, Mill y Darwin serían sustituidos por Schopenhauer, Nietzsche, James, Soutrox. La lectura de estas obras dará a la nueva generación los instrumentos necesarios para liberarse de una ideología que les impedía alcanzar sus aspiraciones de una nueva idea de progreso. Esta idea de progreso construida en sus mentes, era como la vida misma en tanto no podía ser limitado, progreso que tenía sus fuentes en

la vida humana, en el hombre creador de toda cultura como expresión máxima del hombre y del humanismo.^{21/}

Lo importante, lo más trascendente de los planteamientos de esta nueva generación en la búsqueda por llegar a ser sí mismos, radica en que ya no quieren ser como otros para llegar a ser sí mismos. Ahora enfocarán su atención a la realidad que les es propia, y dentro de esta realidad, el hombre que vive y le da sentido. Antonio Caso (1883-1946) haciendo un llamado concreto a los mexicanos dice: "idealistas que os empeñais en la salvación de las repúblicas, volved los ojos al suelo mexicano, a nuestras costumbres y nuestras tradiciones, a nuestras esperanzas y nuestros anhelos, a lo que somos en verdad".^{22/}

Al volver los ojos a su realidad, el latinoamericano no podía negar por más tiempo al indígena que inutilmente trató de borrar o ignorar la generación de los "emancipadores mentales". El indígena estaba ahí, y al aceptar su existencia era como quien encuentra la otra parte de su propio ser. Que paradójicamente es la parte sobre la que descansa y ha descansado la posibilidad de la sociedad que los latinoamericanos han heredado en gran parte.

La crítica que harán estos pensadores defensores del hombre y de su realidad, respecto al pensamiento de los emancipadores mentales, se centraba fundamentalmente, en la creencia de que el sajonismo constituía el modelo más adecuado para construir las

naciones latinoamericanas democráticas y liberales. [La crítica señalaba que lejos de haber creado las soñadas democracias liberales propias de los países sajones, el positivismo como ideología justificó la creación de nuevas dictaduras no menos egoistas que las teocráticas, por ejemplo el Porfiriato en México.]

Esta generación no se cansaba de pregonar, que no era necesario mirar a otros para ser sí mismos, que la solución a nuestros problemas había que encontrarla en la propia realidad americana. Por tanto era menester conocerla para encontrar un punto de apoyo que le permitiese avanzar. La realidad latinoamericana, decía el uruguayo Enrique Rodó (1871-1917), contiene como cualquier otra valores distintos, pero no por ello inferiores. Valores quizá en muchos puntos complementarios de otras realidades. Esos son precisamente los valores que tiene que desarrollar y obtener el latinoamericano, sin que ello implique la negación de lo mejor que poseen otras culturas, que bien pueden aportar a la cultura latinoamericana.^{23/}

El mexicano José Vasconcelos (1882-1959) también se lanzó contra el falso modelo y la deslatinización que se había intentado impulsar en el Continente, al mismo tiempo que muestra las grandes posibilidades de una América mestiza, destinada por la misma herencia recibida a grandes realizaciones dentro de la cultura.

En efecto, Vasconcelos al igual que otros pensadores de su

época, planteó la necesidad de rescatar y reconocer las cualidades de los pueblos latinoamericanos, porque sobre ellas habría de descansar el futuro de América. Pero al referirse a los indígenas, consideró que estos debían transformar sus hábitos y costumbres, condición indispensable para que los países latinoamericanos ocupen sitio entre las naciones civilizadas. Partiendo de estas tesis, Vasconcelos encauzó su lucha para que los "indios" fueran asimilados a la nación mexicana a través de un sistema escolar nacional.^{24/}

El cubano José Martí (1853-1895) fue otro de los pensadores que condenó el inútil afán de la generación romántica del siglo XIX al intentar borrar la realidad latinoamericana, pretendiendo levantar sobre la nada una falsa historia porque quiérase o no, -decía- el pasado colonial estaba allí, un pasado que era menester destruir por la vía de la asimilación. Y allí también estaba el hombre sobre el cual se hizo descansar la explotación de los cuatro siglos de la Colonia; el mismo hombre al que la República en sus diversas expresiones después de la independencia siguió considerando como objeto explotable, al indio, sin el cual esta América no ha de poder salvarse. El indio como una expresión del hombre que no puede ser ignorada. Porque esta pretensión de imposible olvido y negación, fue la que originó una sociedad dividida, fofa, sin consistencia.^{25/}

En el Perú, país con importante porción de población indígena, la preocupación por la situación del hombre indígena se hizo sentir, sobre todo en dos pensadores, González Prada y su discípulo José Carlos Mariátegui. Para González Prada, que ya había alzado la voz en favor del "indio" en los años en que se encontraba en pleno apogeo el positivismo, ni el indio ni el negro deja de ser hombre porque tengan el color de la piel distinto al de su explotador. Hablar de ello, se trata pura y sencillamente de justificaciones que se dan a sí mismos unos hombres para explotar a otros. El hombre no puede ser instrumento de otro hombre, pero sí lo es el indígena y el negro porque se hace del color de su piel el índice de su infrahumanidad.^{26/}

Es importante mencionar que de todos los pensadores del siglo XX que levantaron la voz en favor del indígena para condenar su aislamiento, Mariátegui propuso fundamentalmente soluciones económicas. Es el primero en analizar el problema indígena desde la perspectiva económica y de clase, desechando como inválido el análisis puramente étnico o cultural que se hacía en ese momento de la cuestión indígena.

[Mariátegui, aseguraba que el "problema indígena era producto de nuestra economía, se identifica con el régimen de propiedad de la tierra, la ignorancia, el atraso y la miseria de los indígenas, no son sino la consecuencia de su servidumbre.] El latifundio mantiene la explotación y dominación absoluta de las masas indígenas por la clase propietaria. La lucha de los

indígenas contra los gamonales, ha estribado invariablemente en la defensa de sus tierras contra la absorción y despojo, por tanto, existe una instintiva y profunda reivindicación indígena, la reivindicación de la tierra."27/

Para el pensador y político peruano, el problema del indígena no es un problema moral y educativo. El explotador encontrará siempre razones morales para mantener y justificar su explotación. La educación que se le pretende dar para sacarlo de su miseria e ignorancia será inútil si no se le ofrecen al indígena las oportunidades de realizar lo que ha aprendido. Su problema -afirma- es económico, de una economía que descansa en la enajenación del trabajo de una masa de hombres. Se apoya en el orden creado por la conquista, que la misma República agravó y acrecentó. Cambiar este orden, cambiar su estructura será hacer de esta dividida América Latina una sola y de sus hombres diversos, el hombre sin más.28/

Siguiendo esta línea se orientó el pensamiento de otro ideólogo y político peruano, Víctor Raúl Haya de la Torre (1885-1979), creador de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA), así como del término Indoamérica. El indio -decía- no podrá salir de su situación actual por un movimiento evolutivo, "porque la violencia que impera sobre él y la esclavitud en que vive no le permitirá jamás ejercer normalmente ningún derecho". Para Haya de la Torre el indígena forma la especificidad de

nuestro continente, su presencia es lo que caracteriza a nuestro espacio y tiempo histórico; los indígenas integran "la base de nuestra productividad", forman "la médula de nuestra vida colectiva", encarnan la "tradición y la raza" y son los objetos eminentes de la explotación. De ahí que el mejor nombre de nuestro continente sea el de Indoamérica.^{29/}

En México, Francisco Pimentel ya en 1854, al observar al indio, siente que México se le quiebra en las manos y lanza un grito de alarma. Ante la diversidad eleva un ideal de unidad; define a la nación como unión; "Nación es una reunión de hombres que profesan creencias comunes, que están dominados por una misma idea, y que tienden a un mismo fin". La pieza que falta para lograr esa unión es el indígena, en cuanto se presente segregado de la nación. Por eso; "mientras los naturales guarden el estado que hoy tienen, México no puede aspirar al rango, de Nación propiamente dicha".^{30/}

Años más tarde, en 1899, Francisco Bulnes también siente el abismo que separa a la sociedad mexicana. "Hay entre las dos razas una muralla que nadie ha podido o querido derribar (...) el indio es patriota para su raza pero no para la que lo ha oprimido; defiende con heroicidad no el territorio nacional, sabe que no es suyo, pero defiende lo que le han dejado en las montañas y en los territorios lejanos".^{31/} Al igual que Pimentel, Bulnes propone frente a situación tan dramática un ideal de nación como unidad que habría de formarse a partir

de unas cuantas verdades comunes a todas las clases.

(Otro pensador mexicano, Andrés Molina Enriquez se preocupaba también por la situación de aislamiento en que se encontraba la población indígena, en tanto que ello no permitía la "unidad nacional". Es absolutamente indispensable, proclamaba, que en el elemento mestizo se refunda toda nuestra población nacional. Para este pensador, al igual que para José Vasconcelos, el mestizo es el único grupo que puede lograr la unidad, indispensable para formar una nacionalidad y una patria.)

Veámos por qué el mestizo tiene esta misión. Según Molina Enriquez el indio es superior al blanco por su adaptación y "selección" al medio; el blanco en cambio, por su más adelantada "evolución". El mestizo por tanto reúne en sí ambas cualidades: tiene la resistencia y la adaptación del indio, la actividad y el progreso del blanco. Por eso su carácter es más firme, y poderoso. Apenas puede encontrarse un mestizo que no tenga grandes propósitos.^{32/}

* (En suma todos estos pensadores proponen que los indígenas deben olvidar sus costumbres y hasta su idioma mismo si fuese posible. Sólo de esta manera solucionarán sus problemas y formarán una masa homogénea, una nación verdadera. Es decir que la solución a su aislamiento de tantos siglos se resolverá simple y sencillamente con que el indígena deje de ser indígena.)

La salvación del indio reside entonces en su incorporación al sistema económico de la clase mestiza.

La salvación del indio reside entonces en su incorporación al sistema económico de la clase mestiza.

Durante esta etapa, también los pensadores brasileños expresaron de manera similar la necesidad de destruir el pasado europeo. Ronald de Carvalho (1893-1935) insiste en la idea de dar a la historia de los pueblos americanos el lugar de eminencia que en nuestros pensamientos ocupa el de las naciones de otros continentes. "Dejemos -dice- de pensar en europeo. Pensemos en americano (...) no para enfrentarse a él, sino para tomar conciencia de -nuestras- propias posibilidades y actuar, de acuerdo con ellas, en el mismo plano en que los pueblos europeos han actuado dentro de su cultura".^{33/}

Grana Aranha (1860-1931) reconoce los orígenes de su cultura, pero señala la transformación que los mismos sufrieron en contacto con ella. "Toda cultura -escribe- nos vino de los fundadores europeos. Pero la civilización se mestizó aquí para esbozar un tipo de civilización que no es exclusivamente europea; fue modificada por el medio y la confluencia de razas pobladoras en el país. La cultura europea debe servir no para prolongar Europa, no como obra de imitación, sino como instrumento para crear una causa con elementos provenientes de la tierra, de gentes, del propio salvajismo inicial y persistente. El deseo de liberación es una señal que ya está en nosotros."^{34/}

Es este espíritu el que mueve la orientación de los brasileños. Pero nuevamente encontramos que en la mente de estos

pensadores no está presente, como en el caso de los hispano-americanos, el indígena brasileño. Hablan de una vuelta a la realidad para conocerla y calibrarla, hablan de lo propio, de lo nacional, pero el "indio" brasileño continuó marginado del proyecto de nación que idealmente pensaron construir.

No es sino hasta mediados del siglo XX que la inteligencia brasileña empieza a mirar con otros ojos a su país, reconociendo la compleja diversidad que parece caracterizar al Brasil y Latinoamérica.

De esta manera el pensamiento filosófico latinoamericano de principios del siglo XX, inició una nueva etapa en la construcción de su identidad, la cual se origina a partir de la revalorización de la realidad y con ella la crítica al positivismo y a la creencia de que el sajonismo constituya el modelo a realizar en Latinoamérica previa aniquilación de la herencia hispana, ibérica o latina. Tomar conciencia de la propia realidad para transformarla, en los hechos significaba asumir al "indígena" como parte de la realidad que se proponían transformar. Pero resulta que al tratar de dar solución a la diversidad latinoamericana, el "indígena" sigue jugando el papel de instrumento de una prosperidad y bienestar que no son suyos. Liberar al "indio" supone según lo que hasta aquí hemos visto, convertirlo en un elemento capaz de ser aprovechado por el mestizo. Hacer que secunde y acepte las ideas de éste, convertirlo en un elemento de trabajo eficaz dentro

de su mundo. La propuesta de incorporar al indígena supone que tiene que abandonar cualquier ideal exclusivo de su raza o de su clase, para que acepte sin reparos la dirección mestiza y una nueva forma de dominación.

Así pues, el eje principal en que girará la redención, la salvación del "indio" en el contexto latinoamericano a partir de las ideas que expresaron los pensadores del siglo XX, será el de la urgente integración de estos pueblos con la finalidad de edificar naciones homogéneamente culturales.

Bajo los principios de asimilación y/o integración se orientarán las políticas indigenistas a partir del siglo XX a lo largo de América Latina, principios que en la actualidad aún constituyen el soporte del indigenismo oficial en el Continente.

Notas al capítulo II

- 1) Zea (1976), p. 9.
- 2) Bello (1978)
- 3) Sarmiento, Domingo, F., "Conflictos y armonía de las razas".
citado en Zea, p. 92.
- 4) Lastarria, José V., "Recuerdos literarios", citado en Zea, p.92.
- 5) Echeverría, Esteban, "Dogma socialista de la Asociación de Mayo", citado en Zea, p. 93.
- 6) Zea, p. 56.
- 7) Sarmiento (1977), p. 225.
- 8) Ibid., p. 227.
- 9) Lastarria, José V., "Influencia social de la conquista", citado en Zea, p. 117.
- 10) Mora, Luis Ma., citado en Zea, p. 200.
- 11) González Prada, Manuel, "Anarquía", citado en Zea, p. 282.
- 12) Ibid., p. 286.
- 13) Ibid. p. 287.
- 14) Villaran, U.M., "El factor económico en la educación nacional",
citado en Zea, p. 301.
- 15) Citado en Zea, p. 301.
- 16) Ibid. p. 302
- 17) Bello, p. 18.
- 18) Ibid., p. 14.
- 19) Villegas (1964), p. 214.
- 20) Ibid., p. 216
- 21) Zea, p. 413
- 22) Caso, Antonio, "Historia y antología del pensamiento filosófico",
citado en Zea, p. 415.
- 23) Rodó, Enrique, "El mirador de Próspero", citado en Zea, pp. 413-414.
- 24) Monsivais (1976), p. 347.
- 25) Martí, José, "Nuestra América", citado en Zea. p. 256.
- 26) González Prada, Manuel, "Nuestros indios", citado en Zea, p. 457.
- 27) Mariátegui (1975), p. 81.
- 28) Ibid., p. 214.
- 29) Villegas (1972), p. 141.
- 30) Villoro (1979)
- 31) Ibid., p. 177.
- 32) Ibid. p. 181.

Capítulo III

El derecho indígena en América Latina

SUMARIO

Introducción. I. El contexto histórico metodológico.
II. Los textos constitucionales y los derechos humanos de los indígenas. III. El régimen de propiedad de la tierra.
IV. La administración de justicia y la legislación penal.
V. El sistema educativo y las lenguas indígenas.
VI. Conclusiones preliminares. VII. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

INTRODUCCION

(El derecho es una representación ideologizada de la idea nacional dominante. La antropología jurídica, de escaso desarrollo en nuestra región, es la disciplina que permite el análisis y explicación de las situaciones nacionales de los indígenas en los casos particulares que nos hemos propuesto; ^{1/} fundamentalmente Argentina, Colombia, Chile, Ecuador y Paraguay; haciendo mención general de los demás países. Los casos de Brasil, Guatemala, México y Perú son tratados en capítulos especiales en este trabajo.

En el estado nacional latinoamericano se ha dado un conjunto de normas ^{2/} que permiten la discriminación y dominación de la población indígena. ^{3/}

(El sistema jurídico, como conjunto de normas reguladoras de la vida social, ha homogeneizado e impuesto el criterio monoétnico, de escaso respeto al pluralismo jurídico y a la diversidad cultural. El estado, como conjunto de elementos que sintetizan la vida social, ha impuesto "su" derecho nacional, sin considerar las categorías particulares de las comunidades indígenas. Estado

1/ Ballón Aguirre. (1980) y (1977); Irrueta. (1980); Costa. "El etnocidio a través de las Américas". (1976); Swepston. (1978).

2/ Díaz Müller. (1984).

3/ Entre numerosos trabajos, véase: Silvio Coelho dos Santos. (1982); Varios autores. (1979); Teresa Miralles, et. al. (1983); Rodolfo Stavenhagen. (1969).

y Derecho han asumido una complicidad estructural en el tratamiento y normatividad de las etnias. El escaso estudio y reconocimiento del Derecho Consuetudinario así lo demuestra.] Habría que indagar más en profundidad acerca de la conexión entre realidad jurídica nacional y los hábitos, usos y costumbres de los pueblos indígenas.

[Los textos constitucionales o constituciones políticas, como base político-ideológica de una sociedad determinada, son la expresión generalizada de esta realidad nacional.] En cada caso particular, nación a nación, el tratamiento jurídico de "protección" de los derechos humanos de los indígenas asume connotaciones específicas que nos permiten un primer intento de clasificación tipológica, en relación a los países seleccionados.

La propuesta de clasificación que nos proponemos realizar está determinada en torno a tres criterios principales: 1) El criterio del rango jurídico: que cada país de la muestra otorga al régimen de protección de las minorías indígenas; 2) El criterio vinculatorio: entre el régimen general de protección de los derechos humanos de la población en general, y el tratamiento particular (Constitución, Ley, Decreto) de las minorías indígenas; ^{4/} y, 3) El criterio de evolución generacional de los derechos humanos.

4/ Cf. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). (1983); Luis Díaz Müller. (en prensa); UNAM. (1974); Louis Sohn. (1979).

1) El primer criterio privilegia la ubicación normativa del régimen de "protección" de los indígenas dentro de las jerarquías legales. Se trata, entonces, de un referente netamente jurídico: protección constitucional, legal, u otra instancia formal. 5/

2) El criterio vinculatorio, derechos humanos-régimen de protección particular, enfatiza el carácter del régimen de protección en la perspectiva más amplia del tratamiento de los derechos humanos, como concepción político-jurídico-ideológica.

3) El criterio generacional se refiere a las relaciones y prestaciones entre el individuo, el estado y la sociedad internacional, si bien se reconoce la indivisibilidad e igualdad jerárquica de todos los derechos humanos.

A partir de esta proposición tipológica de análisis, y teniendo en cuenta los casos-nacionales señalados, se han "relevado" de la realidad jurídica ciertas instituciones principales: Constitución, Leyes Especiales, Tierras, Régimen Laboral y Social, Justicia y Penalidad, Organizaciones y Régimen Internacional, que permiten establecer un tratamiento jurídico comparado, 6/ a partir

5/ Cf. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). (1983); Institut International des Droits de l'Homme. (1972).

6/ Cf. Gabriel Marty. (1972). pp. 259 y 55. En este trabajo, el autor destaca la importancia del enfoque jurídico/comparado en materia de derechos del hombre: "Soit sous l'esprit de l'étude positive actuelle, soit dans la perspective critique et évolutive de leur promotion et de leurs garanties". pág. 263. Subrayado nuestro.

de un determinado contexto histórico-metodológico, que nos proponemos esbozar a continuación.

I. EL CONTEXTO HISTORICO-METODOLOGICO

Esto significa el conjunto de determinaciones sociales que permiten el análisis global (y no sólo jurídico) de la protección de las minorías.

El análisis de la realidad jurídica comparada, a partir de la idea de estructura global, permite situar al régimen jurídico en la perspectiva más amplia (y más completa) de la "problemática" de los derechos humanos y la democracia. ^{7/}

En este orden de ideas sería importante considerar en el futuro, y lo proponemos desde ahora, ^{8/} cómo son afectados los derechos humanos de las minorías indígenas en términos de la clasificación generacional, ^{9/} (derechos civiles y políticos, derechos económicos y sociales, y derechos de solidaridad o derechos de la tercera generación).

^{7/} Cf. Umberto Cerroni. (1972).

^{8/} Cf. Luis Díaz Müller. (1983).

^{9/} Cf. UNESCO. (1969); Marc Schreiber. (1972). pp. 285 y ss.
La UNESCO clasifica la evolución de los derechos humanos en:
1) derechos civiles y políticos o de la primera generación;
2) derechos económico-sociales o de la segunda generación;
3) derechos de solidaridad o de la tercera evolución generacional.

El contexto histórico-metodológico permite enunciar un determinado principio de totalidad, cristalizado jurídicamente en los textos constitucionales, cuyo referente principal consiste, en nuestra opinión, en la visión de la democracia 10/ (o su negación) que fluye del régimen jurídico particular.

El contexto histórico-metodológico, que conlleva una determinada idea de totalidad y una determinada visión de la democracia, no guarda una relación simétrica o absolutamente correspondiente con el grado de desarrollo político ni con la evolución del régimen jurídico particular de protección; 11/ y que, en buena medida, en este trabajo, debemos dar por entendidos como datos significantes de la realidad social de cada país.

Nos interesa, principalmente, el análisis comparado de los países señalados, en la impronta de la propuesta tipológica mencionada en torno al criterio del rango jurídico, al criterio vinculatorio, y al criterio generacional.

El contexto histórico-metodológico consiste, más particularmente, en el grado de influencia del sistema político en el régimen jurídico particular de tratamiento (y/o de protección) de las minorías indígenas. En Argentina, a partir de la restauración

10/ Cf. Philip Vegleris. (1979).

11/ Cf. Héctor Fix-Zamudio. (1982).

peronista (1973) y los distintos gobiernos militares que transcurrieron entre 1976-1984. En Colombia, en el marco de la rotación liberal-conservadora, con una influencia predominante de la iglesia en la administración de los asuntos indígenas. En Chile, asume un doble carácter marcadamente diferencial: el régimen jurídico emanado del gobierno democrático (1970-1973) y la represión indiscriminada (1973-1984). Ecuador, por su parte, asiste a un proceso emanado del Estatuto Constitucional de 1978, con una pretensión modernizante de la vida nacional. Paraguay, por último, aprueba el Estatuto de las Comunidades Indígenas, con la finalidad de integrarlos a la sociedad paraguaya, manteniendo la situación de dictadura prolongada por cuatro decenios. 12/

II. LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES: DERECHOS HUMANOS Y MINORIAS INDIGENAS

2.1 El criterio del rango jurídico

La construcción de una primera tipología de los países seleccionados en base a la ubicación jerárquico-normativa del tratamiento constitucional de protección de las minorías indígenas nos lleva a proponer lo siguiente:

- a) Países con tratamiento circunstancial y constitucional de las minorías indígenas: Argentina.

12/ Cf. Justo José Prieto y Oleg Vysokolán. (1982).

- b) Países con estatutos especiales con rango constitucional: Paraguay.
- c) Países con tratamiento constitucional de los derechos humanos: Chile, Colombia y Ecuador, y régimen jurídico particular sobre minorías indígenas.

[Ninguna de las constituciones señaladas ha adoptado un capítulo normativo y sistemático en materia de los derechos humanos de las minorías indígenas. Es más, las constituciones políticas de todos estos países tratan, secundariamente, la cuestión de los derechos humanos, referido principalmente a lo que dice relación con las garantías constitucionales y los derechos civiles y políticos; sin mencionar, en la mayoría de los casos, los derechos sociales y los derechos de solidaridad.]

Los textos constitucionales, inspirados en el liberalismo del Siglo de las Luces incorporan, tímidamente, los derechos sociales o de la segunda generación. El "olvido" del tratamiento constitucional de las minorías en países de gran población indígena se ha visto canalizado por medios administrativos hacia la creación de determinados organismos administrativos especiales encargados de los asuntos indígenas, y no contemplados en la carta fundamental de estos países.

- a) Países con tratamiento circunstancial y constitucional de las minorías indígenas. El caso de Argentina.

En la evolución constitucional argentina pueden establecerse las siguientes fases:

(a) Constitución de 1819

Se trata de una constitución de tipo unitario que, a los efectos de nuestro estudio, tienen el mérito de ubicar a las minorías indígenas en el marco de los derechos humanos.

El artículo 28 de la constitución de 1819 dispone:

"Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. (Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea.) El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales, por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlas al nivel de las demás clases del Estado". Por el artículo 129 de este mismo texto constitucional se deroga la esclavitud.

(b) Constitución de 1853

En su artículo 67, numeral 15, dispone:

"Corresponde al Congreso: proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y

promover la conversión de ellos al catolicismo". 13/

También establece en sus artículos 15 y 16: la igualdad ante la ley y la erradicación de las prerrogativas de sangre y de los fueros personales (art. 15) y la abolición de la esclavitud y de la compraventa de personas (art. 16).

(c) Constitución de 1949

Esta constitución sustituye al inciso 15 del artículo 67 de la constitución de 1853, referido a las relaciones del Congreso en el trato pacífico con los indios, y establece que las tierras no deben ser un bien de renta sino de trabajo: "que la tierra deberá ser de quien la trabaja", omitiéndose todo tratamiento especial en relación a las minorías indígenas. 14/

(d) La Constitución de 1957

Esta constitución volvió a poner en vigencia la constitución de 1853 y 1860, con reformas en lo social y laboral, sin hacer mención especial sobre minorías indígenas. 15/

13/ Cf. Tomás Diego Bernard. (1965); Manuel Durán. (1962).

14/ Cf. La Convención Nacional Constituyente de 1949 señaló: "no se pueden establecer distinciones raciales, ni de ninguna clase, entre los habitantes del país". Subrayado nuestro.

15/ Las principales enmiendas a la constitución argentina corresponden a los años 1860, 1866, 1849 y 1957.

En síntesis:

La constitución argentina, a través de sus sucesivas enmiendas, no se ha pronunciado por un tratamiento particular de la situación de las minorías indígenas. ^{16/} En un análisis más preciso podríamos afirmar que el tratamiento constitucional de las minorías indígenas asume un doble enfoque. En primer lugar, se pronuncia (ambiguamente) por una relación jurídica particular para los indígenas, como sería el caso de la facultad del Congreso contenida en el artículo 67, inciso 15 del texto de 1853. Por otra parte, los artículos 15 y 16 del propio texto nos permiten afirmar, además, la vigencia del criterio de la igualdad entre todos los habitantes de la nación argentina: igualdad ante la ley y el trabajo, prohibiéndose la esclavitud.

A raíz del retorno de Argentina a la democracia en 1983, se plantea una nueva ley nacional.

El proyecto de la ley de la Argentina, discutido en la Cámara de Senadores (4 de julio de 1984), establece:

"Artículo 1°. Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades o tribus indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la nación,

^{16/} Cf. Lázaro Flory. (1957); Ambrosio Romero, Alberto Rodríguez y Eduardo Ventura. (1977), entre muchos.

respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementará planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agraria, minera o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los dones de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes".

La ley reconoce a las comunidades o tribus indígenas radicadas en el país como sociedades agrarias o mineras con personería jurídica (art. 2°). La presencia jurídica se adquiere mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas.

El artículo 5° del proyecto de ley crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, destinada a la promoción y desarrollo de las Comunidades Indígenas del país.

La adjudicación de tierras en propiedad a las comunidades o tribus indígenas existentes en el país, según las modalidades de cada comunidad: "la adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las que tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad o tribu, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares" (art. 7°). La adjudicación se hará a título gratuito (art. 8°), y las tierras serán inembargables e imprescriptibles (art. 11°).

En materia de educación, el proyecto de ley consulta la coordinación de planes de educación con el Ministerio de Cultura y Educación y con los gobiernos principales (art. 14°), y la posibilidad de creación de escuelas-hogares en las comunidades indígenas.

La salud será coordinada por la Secretaría de Salud Pública (art. 18°), creando unidades sanitarias móviles y la formación de personal especializado.

Los derechos previsionales reconocidos por el proyecto de ley en discusión consisten en el derecho de jubilación ordinaria y pensión de acuerdo a la ley de jubilaciones para los trabajadores rurales.

En suma:

Del tenor del proyecto de ley de 1984 nos parece importante destacar:

a) El reconocimiento de la desigualdad del indígena en relación al resto de la sociedad, como se expresa en los fundamentos del proyecto de ley:

b) preservación del patrimonio cultural;

c) entrega en propiedades a los indígenas de las tierras a adjudicarse;

d) educación con participación de los interesados y reconocimiento de la educación bilingüe;

e) protección de la salud y previsión de las comunidades indígenas;

f) reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas.

El proyecto de ley en referencia será discutido por la Cámara de Diputados de la República Argentina en 1985, para su final aprobación y puesta en vigencia.

b) Países con estatutos especiales con rango constitucional.
La situación de Paraguay.

La constitución de Paraguay de 1967 remite al "Estatuto de las Comunidades Indígenas" (Ley No. 904-81).

El "Estatuto de las Comunidades Indígenas" establece que "quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a esta ley" (artículo 75), y la doctrina paraguaya ha señalado que "nada puede objetarse a la posibilidad de que la ley-904 del Estatuto de las Comunidades Indígenas pueda ser atacada de inconstitucionalidad".^{17/}

El artículo 1° del Estatuto reconoce la igualdad de derechos de los indígenas en relación a los demás ciudadanos, y en el art.

^{17/} Cf. José Seelwische, Miguel Chase Sardi, Carlos Fernández Gadea y Mirna Vásquez. (1982). El subrayado es nuestro.

50 se consagra la protección de los derechos humanos de los indígenas:

"Toda persona tiene derecho a ser protegida por el Estado en su vida, su integridad física, su libertad, su seguridad, su propiedad, su honor y su reputación": se parte del reconocimiento del indígena como ciudadano. 18/

En Paraguay se calcula que existen 17 grupos étnicos, con una población de 40.000 indígenas selvícolas. 19/ La constitución actual del Paraguay data de 1967. Su capítulo primero se refiere a los derechos fundamentales y deberes de los que habiten el territorio de la República. El principio de la igualdad es reiterado numerosas veces en el texto constitucional: matrimonio, trabajo, derecho al debido proceso, igualdad ante la ley. 20/

El principio general y abstracto contemplado en la constitución es la no discriminación. No existe, en la realidad, un tratamiento jurídico particular respecto de los indígenas: opera el criterio de la igualdad ante la ley. Con todo, el Código del Trabajo contiene un capítulo especial dedicado al trabajo indígena

18/ Cf. Julio César Frutos. (1982). pp. 71 y ss.

19/ Cf. Alfonso Borgognon clasifica los indígenas paraguayos en: a) Selváticos (comunidades salvajes); b) Libres; y c) Tutelados: viven en comunidades indígenas dentro de misiones religiosas o en tierras privadas. Véase, Alfonso Borgognon. (1968).

20/ Vd. Cecilia Medina. (1977). pág. 18.

con un esquema especial de protección. 21/

Este mecanismo jurídico particular de protección de los indígenas se refiere a:

1. Prohibición de ser trasladado de una parte a otra del territorio sin su consentimiento o de las agencias competentes;
2. El salario asignado debe realizarse en función de la posición del indígena dentro de su tribu (y no del trabajo realizado exclusivamente);
3. No deben asignarse al indígena mayores horas de trabajo que al resto de los trabajadores.

La constitución del Paraguay (art. 112) garantiza el derecho de voto de todos los paraguayos mayores de 18 años. Como los indígenas son considerados ciudadanos, y han nacido en territorio paraguayo, se consideran paraguayos. Sin embargo, los indígenas que no están integrados a la sociedad no pueden votar porque no están inscritos en el Registro Civil del país. 22/

El texto constitucional paraguayo no establece una mención especial respecto de los indígenas. Remite al Estatuto de las Comunidades (1981) y a un sistema de protección especial contemplado en el Código del Trabajo.

21/ Vd. La Constitución del Paraguay prohíbe la explotación del hombre por el hombre (art. 104), y establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley (arts. 51 y 54 de la Constitución de 1967).

22/ Cf. Cecilia Medina. (1977). pág. 21.

De esta manera, nuestra principal fuente de análisis consiste en el estudio del "Estatuto de las Comunidades Indígenas" (ley 904/81) que establece un principio básico de protección: a) La interpretación de la ley 904/81 se realizará en forma extensiva con respecto a los derechos tutelados en la ley; y b) se atenderá a una interpretación restrictiva, cuando se refiera a los deberes y obligaciones referidos en ella.

El art. 2° de la Ley de Comunidades es importante porque nos entrega una definición de comunidad indígena: es un "grupo de familias extensas, clanes o grupo de clanes, con cultura y un sistema de autoridad propios, que habla una lengua autóctona y convive en un habitat común". El criterio de identidad de la comunidad indígena viene establecido por el criterio de etnia. ^{23/}

Paraguay es una nación pluricultural. El artículo 3° de la Ley de Comunidades en estudio introduce un elemento novedoso en cuanto al principio de autodeterminación de las comunidades indígenas: señala que los grupos indígenas en uso de este derecho a la autodeterminación pueden adoptar las "formas de organización establecidas por las leyes que permiten su incorporación a la

23/ Vd. Etnia es una población que: a) se perpetúa por medios biológicos; b) comparte valores fundamentalmente puestos en práctica en formas culturales específicas; c) integra un campo de comunicación e interacción; d) cuenta con miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras del mismo orden. Véase, Primera Sesión Plenaria. Seminario: "Interpretación del Estatuto de las Comunidades Indígenas". (1982). pp. 105 y 155.

vida nacional". 24/

Los objetivos prioritarios de la Ley de Comunidades del Paraguay son:

- 1) Integración en la sociedad nacional;
- 2) legislación de la tenencia de la tierra, como se observará más adelante;
- 3) reconocimiento del liderazgo tradicional;
- 4) reconocimiento de la organización comunitaria.

Por estas razones, las disposiciones del Estatuto se considerarán de orden público en la medida que son de carácter tutelar o tuitivo, lo que importa la irrenunciabilidad de los derechos consagrados en el Estatuto: la ley debe ser interpretada en favor de las comunidades indígenas. 25/

La Ley de Comunidades 904 del Paraguay (véase más adelante) ha sido considerada como elemento de referencia en la elaboración del proyecto de ley de Argentina sobre política indígena. En otro

24/ Vd. Lo que, stricto censu, constituye una negación del principio internacional de autodeterminación (Res. 1514 y 2526. A. General de Naciones Unidas), en la medida que obliga a la "incorporación" a la vida nacional, sin señalar los mecanismos de protección de los valores culturales de indígenas. Véase, Héctor Gross Espiell. (1979).

25/ Vd. En materia de derecho consuetudinario, el artículo 5° de la Ley de Comunidades (1981) establece que "las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias".

contexto, el gobierno del presidente R. Alfonsín, ha elaborado una nueva ley sobre comunidades indígenas, actualmente aprobada por el Senado y sometida a la consideración de la H. Cámara de Diputados (noviembre de 1984). Se estima que entrará en vigencia a mediados de 1985.

En síntesis:

Las críticas que se formulan al "Estatuto de las Comunidades Indígenas" (Ley 904/81) pueden agruparse en: 1) La orientación de la ley de carácter marcadamente paternalista, en manos del Ministerio de la Defensa Nacional del país, y sometidos a las reglas de explotación marcadas por el Gobierno (con el establecimiento de una Unidad Económica de 20 hectáreas; ^{26/} 2) El carácter paternalista e "integracionista" de la ley para permitir, como lo señala el Estatuto reiteradamente, la "incorporación" del indígena al proceso de modernización y desarrollo general del país.

A diferencia de Argentina, en que después de la "pacificación" de los indígenas en términos de "civilización o barbarie", se dejó al criterio general de la igualdad ante la ley la protección de las minorías indígenas; en el Paraguay, en cambio, se elaboró un cuerpo legal particular destinado a regular y modernizar la condición de los indígenas de ese país. En ambos casos, la Constitución Política

^{26/} Cf. Oleg Vysokolán. (1982). pp. 93 y ss.

vela y enuncia los derechos civiles y políticos; es decir, lo relacionado con la vida y la libertad de la persona en general, sin que se refiera a la protección de los derechos sociales o socio-económicos. En la realidad, el despojo de tierras y la ficción de la igualdad jurídica han permitido la discriminación y el escaso respeto al pluralismo étnico en este país.

c) Países con tratamiento constitucional de los derechos humanos.

A. El caso de Chile

Los indígenas representan el 8% de la población total de Chile. ^{27/} La actual Constitución Política de la Junta Militar fue aprobada por plebiscito, y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

La Constitución de 1981 la hemos ubicado dentro de los países que otorgan tratamiento constitucional a los derechos humanos, pero no a las minorías indígenas, en razón de que todo un capítulo del texto constitucional (III) se refiere a los derechos y deberes constitucionales, pronunciándose hasta por el "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". (art. 8°). Además, el

^{27/} Vd. Los principales grupos indígenas son: Norte del País: Quechuas, Aymaras, Atacameños y Diaguitas, aproximadamente 60,000; Región Central: Mapuches o Araucanos, aproximadamente 450.000; Región Sur: Fueguinos, Onas y Alacalufes, aproximadamente 1000, en extinción; Isla de Pascua: pascuenses, aproximadamente 1200. Véase, Waldo Fortín. (1977).

propio Capítulo I dedicado a las "Bases de la Institucionalidad" (a modo de Preámbulo), se pronuncia por una determinada visión del hombre y de la sociedad que el Gobierno Militar ha pretendido implantar en ese país.

En el capítulo III, denominado "De los Derechos y Deberes Constitucionales", se consagran los principales derechos y libertades fundamentales extendiéndose claramente hacia la protección de los derechos sociales (salud, derecho a la seguridad social, etc.). 28/

En suma: la Constitución Chilena de 1981 consagra los principales derechos civiles y políticos, con la importante excepción del derecho al sufragio libre, y establece algunos derechos sociales (salud, seguridad social). 29/

No existe legislación constitucional sobre las minorías indígenas; y, en este aspecto, debemos remitirnos a las leyes especiales. El criterio sustentado por la Junta Militar de Chile consiste, al igual que en la mayoría de las legislaciones, en establecer el principio de la igualdad ante la ley para todos los habitantes de la República.

28/ Chile, "La Constitución de 1981". (1981).

29/ Vd. En la lógica de la política neoconservadora impuesta en Chile no se protege el derecho al trabajo (como estaba establecido en la anterior Constitución del 18 de septiembre de 1925), sino la "libertad" (abstracta) del trabajo.

En el plano de las leyes especiales debemos remitirnos al Decreto-Ley No. 2568, aprobado por la Junta Militar, y que ha sido calificado como un verdadero genocidio para exterminar al pueblo mapuche, el grupo indígena principal.

Los propósitos del Decreto-Ley 2568 son:

- a) eliminación de los límites de tierras;
- b) establecimiento de inversionistas privados en tierras indígenas;
- c) privatización de las tierras indígenas. 30/

La inexistencia de recurso ante la división de las tierras de las comunidades indígenas constituye uno de los más flagrantes actos de discriminación contra la población indígena en aquel país, en violación, incluso, del propio Texto Constitucional. 31/

B. Ecuador

El Estatuto Constitucional de 1978, aprobado por referéndum, entró en vigencia el 10 de agosto de 1979.

30/ Véase apartado III de este capítulo sobre tenencia de la tierra. La ley indígena anterior (No. 17729 de 1972) reconocía la existencia de los mapuches como una raza, como un grupo cultural distinto dentro de una nación. Esta misma Ley creó el Instituto de Desarrollo Indígena.

31/ Cf. Lisandro Cruz Ponce, (1983).

La Constitución del Ecuador ^{32/} avanza considerablemente en el tratamiento formal y jerarquía de los derechos humanos, al señalar en su Preámbulo:

"El estado Ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neocolonialismo y de discriminación y segregación racial", reconociendo el derecho de los pueblos a liberarse de los sistemas opresivos.

En el título de los Derechos, Deberes y Garantías (título segundo) se establecen los principales derechos protegidos, especialmente en materia de derechos civiles y políticos, incorporándose la igualdad de derechos de la mujer (art. 19, numeral 4, inciso 3°), y estableciendo como garantía constitucional la "libertad de contratación".

La Constitución del Ecuador dispone en su artículo 1°, párrafo 3°:

"El idioma oficial es el castellano. Se reconocen el quichua y demás lenguas aborígenes como integrantes de las culturas".

Por su parte, el artículo 30 establece que:

32/ Cf. Martínez Cobo. (1981).

"El Estado constituirá a la organización y promoción de los diversos sectores populares, sobre todo del campesinado, en lo moral, cultural, económico y social, que les permita su efectiva participación en el desarrollo de la comunidad. Estimulará los programas de vivienda higiénica y barata".

La Constitución no se pronuncia, específicamente, sobre la situación jurídica de las minorías indígenas.

En el artículo 44 (Sección Séptima: "de los derechos, deberes y garantías") se establece de manera directa la protección de los derechos humanos y el nexo vinculatorio entre estos derechos con el ordenamiento constitucional nacional:

"El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes".

Este artículo, que no aparece en la mayoría de las Constituciones, reviste especial importancia porque eleva los derechos humanos a la categoría constitucional otorgándoles la misma fuerza obligatoria, ^{33/} si bien su respeto y aplicación ha sido escaso.

33/ Cf. Luis Verdesota S. (1983).

C. Países con tratamiento constitucional de los derechos humanos: Colombia

La Constitución de Colombia data de 1886, con numerosas enmiendas. ^{34/} Básicamente, establece que todos los individuos tienen derecho a la protección de sus vidas, honor y propiedad (art. 16); prohibición de la esclavitud (art. 22); libertad de conciencia y trabajo (art. 38).

En general, la Constitución de Colombia (1886), con la importante enmienda del Acto Legislativo No. 1 de 1979, destinado a evitar la prolongación de los estados de excepción, y la violación de los derechos humanos, establece las libertades clásicas o derechos civiles y políticos.

Es así como corresponde a la ley No. 89 de 1890 regular las relaciones entre el Estado y los indígenas ^{35/} y los sucesivos Concordatos entre Colombia y la Santa Sede. ^{36/} Asimismo, el Decreto 1741 del Ministerio de Gobierno (1973) estableció que la política indígena del estado colombiano "estará orientada hacia el entrenamiento de miembros de las comunidades al desarrollo nacional

^{34/} Vd. Con las reformas de 1910, 1936, 1945, 1957, 1958, 1968, 1975 y 1979. Véase, Alfredo Vázquez Carrizoza. (1980).

^{35/} Cf. La ley distingue entre: a) los indígenas no incorporados a la vida civilizada; y, b) los incorporados a la vida civilizada. Véase, Ministerio de Gobierno de Colombia. (1980).

^{36/} Cf. Concordato de 12 de julio de 1973. Véase Anexo.

bajo condiciones de igualdad, dentro del contexto de su autonomía cultural", como se establece en el Estatuto Nacional del Indígena. Hoy en día, el Programa Nacional de Desarrollo de las Poblaciones Indígenas (PRODEIN), bajo el gobierno del Dr. Belisario Betancourt, tiene como meta principal promover el desarrollo integral de los 450.000 indígenas organizados en comunidades.

Las iniciativas de ley tienen como propósito garantizar a los grupos indígenas sus derechos territoriales. El saneamiento de los Resguardos y Reservas reconoce los derechos mantenidos sobre "los mismos desde épocas inmemoriales, con el propósito de obtener su estabilidad económica, social y cultural".

La iniciativa presidencial del Dr. Betancourt establece que "los modos de transmisión de los derechos de goce y usufructo de la tierra, establecidos por las costumbres de las poblaciones indígenas, deberán respetarse en el marco de la legislación nacional" (proyecto de ley). Las comunidades indígenas tendrán derecho preferencial en la explotación de los recursos naturales renovables ubicados dentro de su territorio y, en consecuencia, "el gobierno se abstendrá de otorgar a personas naturales o jurídicas no indígenas, autorizaciones, permisos o concesiones para la explotación de tales recursos".

El nuevo proyecto de ley colombiano introduce el concepto de etnoeducación. La creación del Comité Nacional de Lingüística

Aborígen está destinada a cumplir con esta finalidad. La política del estado colombiano pretende un etnodesarrollo autogestionado y autosostenido, reforzar la legitimidad legal y la participación decisoria de las autoridades indígenas, "garantizar sus derechos específicos como minorías étnicas, y crear un contexto de apoyo y cooperación fructífera en todos los aspectos que atañen a la vida de estas comunidades" (Texto del Mensaje del Presidente de Colombia al Congreso).

III. EL REGIMEN DE PROPIEDAD DE LA TIERRA

El sistema de propiedad de la tierra ^{37/} es el distintivo de un régimen político.

El Código Napoleónico de 1804 consagraba a la propiedad como libre, absoluta y perpetua. Con razón, se le llamó el "Código de los propietarios".

El constitucionalismo social, encabezado por el "solidarismo" de Leon Duguit (1936), vino a poner al día las necesidades sociales de la propiedad. En los Textos Constitucionales de la República de Weimar y Querétaro (México, febrero de 1917), se plasmaron las nociones de propiedad-función social y de expropiación por

^{37/} Cf. Luis Díaz Müller. (1972).

causa de "utilidad pública" o de "interés social". 38/

En lo que atañe a nuestro apartado, la propiedad de la tierra en las comunidades indígenas, se produce una doble mediación. En primer lugar, los Estatutos Constitucionales consagran, grosso modo, la función social de la propiedad; especialmente, en los países a que le hemos dedicado particular atención. Por otra parte, existe una tendencia comunitaria a la propiedad de la tierra, que cada día se ve amenazada por el deseo del Estado-Nacional de implantar su hegemonía por el camino de la "individualización" de la propiedad.

Esta tendencia es particularmente visible en el caso de Paraguay (respeto constitucional a la propiedad privada y reconocimiento con rango constitucional de la propiedad comunitaria indígena), o, en el mismo sentido, en el sistema de asentamientos (comunidades agrícolas) en Chile en virtud de la Ley 17.729 de 1972, y el fuerte proceso de privatización e individualización iniciado con el Decreto 1278 de 1976.

Existe, entonces, lo que llamaríamos un "anillo jurídico" cuyo radio mayor estaría comprendido por las Constituciones Políticas: reconocimiento de la propiedad privada con función social, 39/

38/ Vd. En la doctrina se entiende que el concepto "interés social" posee una dimensión más amplia que "utilidad pública". En Panamá, el artículo 116 de la Constitución de 11 de octubre de 1972, garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social.

39/ Cf. Antonio Zamora. (1958).

y el carácter específicamente comunitario de la propiedad en el reducido anillo de la propiedad indígena.

Dicho esto, y a la luz de los instrumentos internacionales ^{40/} sobre la materia, seguiremos el mismo orden del rango jurídico para examinar la importancia de la propiedad y tenencia de la tierra, tema central de cualquier intento de protección de las minorías indígenas en la impronta de los Derechos Humanos.

3.1 La propiedad indígena en Argentina

La propiedad indígena en Argentina es de escasa importancia frente al desarrollo de la sociedad global.

Sobre este punto, escribe Gonzalo Rubio Orbe:

"El fuerte proceso inmigratorio europeo; el surgimiento de un tipo de campesinado más expansivo y de acción dinámica, el gancho; los procesos de desarrollo cultural y social caracterizados por influencias foráneas y de mestizajes más claro y definidos en este país, entre otros factores, determinaron la disminución y arrinconamiento de los indígenas a determinadas áreas poco favorables para su vida y desarrollo; y su existencia misma ocupó planos secundarios en el desarrollo del país". ^{41/}

^{40/} Cf. En especial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha. Los Pactos establecen en su artículo 1º: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación".

^{41/} Cf. Gonzalo Rubio Orbe. (1973). pp. 644 v ss

La minoría indígena en Argentina, de escaso peso social, relegada a funciones artesanales, no constituye un asunto de importancia para la marcha político-administrativa del país.

Los indígenas representan un 0.7% del total de la población, según los censos oficiales. "El Departamento de Asuntos Indígenas del Ministerio de Bienestar Social de la Nación, de acuerdo con el censo indígena nacional y algunas acciones en provincia donde no se realizó esta acción, da un total de 144,454 indígenas; corresponden 108,454 al censo indicado y 26,000 a estimaciones en la provincia de Jujuy y Salta. La misma dependencia estima, en forma global, que a 1972 existían en el país 150,000 "aborígenes" puros".^{42/}

El programa oficial en materia indigenista corresponde al plan de desarrollo y seguridad con los siguientes objetivos:

1. Promover el poblamiento y desarrollo social de Areas de Frontera;
2. Promover el desarrollo de pequeñas comunidades en áreas marginadas y zonas deprimidas;
3. La meta final es lograr la integración del aborígen, como un ciudadano más, con todos sus derechos y garantías: el principio

^{42/} Cf. Ibid. pág. 645.

global de la igualdad ante la ley, que mencionamos al estudiar el tratamiento constitucional de las minorías indígenas.

Un informe de la O.N.U. expresa sobre el punto:

"Para la población indígena del país en su conjunto, en el primer plan quinquenal se preveía la realización de un programa de colonización en 500.000 hectáreas de tierras fiscales reservadas para aborígenes, que debían ser distribuidas mediante un sistema de adjudicaciones en tres etapas diferentes: la reserva, la reducción, la colonia. A medida que el indígena evidencia condiciones de asimilación se procura trasladarlo a la reducción más próxima, que sirve de centro de capacitación donde el aborígen adulto permanece durante un período de cinco años, al cabo del cual obtiene un lote en una colonia con la obligación de amortizar su importe en cuotas de monto móvil estipulados de acuerdo con el volumen de la cosecha". ^{43/}

El Programa de Colonización mediante el cual se dotaba de tierras a los indígenas, en las condiciones que se ha señalado, comprendía una serie de planes:

a) subdivisión de 7.500 hectáreas de la que fue la reserva Namuel Pan, Chubut, en beneficio de la tribu del mismo nombre, tierras que debían reintegrarse en virtud del decreto No. 13806 de 1943; ^{44/}

^{43/} Cf. José R. Martínez Cobo. (1983). pág. 200.

^{44/} Ibid.

b) mensura y subdivisión de 50.000 hectáreas en presidente Perón y 30.000 en Formosa, y fundación de las primeras "reservas";

c) creación de una reducción en el Parque Nacional Lanin (Neuquen), con una superficie aproximada de 8.700 hectáreas;

d) institución de un crédito rotativo para dar incremento a la industria pecuaria entre los indígenas;

e) creación de cooperativas agrícolas en las colonias indígenas, "con los aportes de los propios colonos y subvenciones del Estado, para la compra de maquinarias agrícolas de costo elevado y el establecimiento de un régimen de seguridad social para que el colono indígena pueda cubrir sus necesidades vitales frente a los riesgos de cosecha". ^{45/}

Los programas de Asistencia Comunitaria, impulsados por el Ministerio de Bienestar Social (creado en 1963), enfatizaban la puesta en marcha de "planes-piloto" de desarrollo indígena: "Operativo Chaco" para el cultivo de algodón, con el apoyo de la Subsecretaría de Promoción y Asistencia Social; Programa "Lago Rosario", Programa "Cushamen" en la provincia del Chubut, destinados a procurar el desarrollo indígena; y en materia de tenencia de la

^{45/} Ibid. Entre los principales grupos indígenas en Argentina pueden mencionarse: Coyas, Tobas, Matacos, Mocovíes, Chinguanos, Chané, Pilagás, Caingúa, Araucanos, Tehuelches.

tierra, a resolver la cuestión de los títulos de propiedad y la promoción integral del indígena.

Un primer problema que se presentó con los planes de desarrollo de la comunidad indígena, fue, precisamente, el relacionado con la tenencia de la tierra. En efecto, "el aborígen, como es lógico, era reacio a cultivar un predio cuyo dominio podía serle arrebatado en cualquier momento". ^{46/} Este problema fue subsanado con la dictación de una Ley que garantizaba la inviolabilidad de las propiedades ocupadas por aborígenes. Además, la entrega de 75.000 hectáreas permitió la puesta en práctica de los "planes-pilotos" mencionados.

La legislación sobre tenencia y propiedad de la tierra en Argentina, anárquica y dispersa, como resultado del escaso interés demostrado por conservar y respetar el pluralismo étnico y cultural de estas minorías; que, actualmente, pesan escasamente en el desarrollo de la sociedad argentina.

Entre la legislación podemos citar:

a) Decreto No. 18311, de 1° de agosto de 1919: que ordena la expropiación de tierras en la provincia de Lujuy para ser entregados a los aborígenes;

^{46/} Cf. Gonzalo Rubio Orbe. (1973). pág. 658.

b) Complementaria de la Ley anterior se encuentra la Ley No. 12966 del Plan de Gobierno, que permite la expropiación de tierras y la autorización de los créditos correspondientes; 47/

c) El Decreto No. 12969, de 3 de octubre de 1956, que autoriza el traspaso a los gobiernos provinciales de los bienes de la Comisión de Protección del Aborigen;

d) En 1970, se crea el Departamento de Asuntos Indígenas, destinado a:

"Atender a la promoción, integración y asistencia de los grupos aborígenes ejecutando las medidas que contemplen los problemas específicos de su situación social".

Entre sus principales funciones se cuenta:

- Elaborar y ejecutar los programas de protección integral al aborigen, en coordinación con las provincias.

e) En 1971, por Ley 823 de 15 de enero de ese año, se crea el Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural, que en su Capítulo II señala expresamente: que "en caso de colonizarse tierras ocupadas por aborígenes, éstos serán preferidos a todo otro aspirante".

Esta misma Ley 823 de 1971 encargaba el estudio de la situación en que se encuentran las tierras aborígenes al Instituto

47/ Vd. La Ley No. 12966 introduce el concepto de expropiación por causa de "utilidad pública".

Autárquico de Colonización Rural, y por Resolución No. 255 se dictaba el Decreto Reglamentario.

f) Decreto No. 1363 de 8 de agosto de 1963 sobre creación de colonias aborígenes;

g) Ley 498 de 1977 sobre Competencias del Ministerio de Bienestar Social;

h) Ley 113 de la Colonización con Indígenas;

i) Ley 14.932 que aprueba el Convenio 107 sobre protección e integración de las poblaciones indígenas de los países independientes, de 29 de diciembre de 1959;

j) Decreto No. 2697 de 10 de noviembre de 1978, que modifica el decreto No. 339 de 20 de noviembre de 1973, especificando que corresponde a la Secretaría y Subsecretaría del Ministerio de Bienestar Social, en virtud de su artículo 3 bis:

"Compete a la Secretaría de Estado de Acción Social asistir al Señor Ministro en la normalización, fiscalización y apoyo de las actividades públicas y privadas en los campos de promoción y asistencia social, el deporte, la recreación, la protección y promoción de la familia, los menores, los ancianos, y los discapacitados,

y en particular en: 48/

(...) 5. "La promoción del desarrollo e integración de las comunidades aborígenes".

k) En algunas provincias se mencionan normas expresas sobre indígenas. Es el caso de la Constitución de la Provincia del Chaco (7 de diciembre de 1957) que señala en su artículo 34:

"La provincia protegerá al aborígen por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración en la vida nacional y provincial...".

l) Ley No. 970: Régimen funcional y orgánico de la Dirección del Aborígen y Decreto Reglamentario No. 3157/77 de 22 de noviembre de 1977;

m) Ley 2352 de 18 de diciembre de 1978: que subordina la Dirección del Aborígen a la Subsecretaría de Asuntos Municipales;

n) Ley 823 de 15 de enero de 1971: que crea el Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural.

El artículo 55 del Instituto dispone:

"en caso de colonizarse tierras ocupadas por aborígenes, estas

48/ Vd. El concepto "discapacitados" no es de uso frecuente en la doctrina de la responsabilidad civil y penal. Del tenor del texto podemos concluir que se refiere a "incapacitados", dentro de los cuales quedarían englobados los indígenas, al tenor del numeral 5 del Decreto No. 2697 de 1978.

serán preferidas a todo otro ocupante"; 49/

o) Decreto de la Provincia de Misiones No. 972/1970, que establece una reserva de 3.200 hectáreas para los indígenas;

p) Decreto No. 1232 de 31 de agosto de 1970, de la provincia de Neuquén, que deroga el decreto No. 0019 de 13 de enero de 1969, que en su artículo 2° expresa: /

"Asígnase a las agrupaciones indígenas provinciales con reservas de tierras otorgadas las regalías mineras que se obtengan de los minerales de tercera categoría, ubicadas en las superficies comprendidas por la reserva". 50/

En suma:

1. En la Constitución Argentina de 1853 se establece el poder del Congreso para conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo. (art. 67, 15).

Este artículo, como se ha escrito, fue derogado en 1949, introduciéndose el concepto (mayoritario en las legislaciones latinoamericanas) de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

2. La legislación argentina sobre comunidades indígenas es dispersa, poco sistemática, difusa.

49/ Cf. OEA. (1980). pp. 11-14.

50/ Cf. Eulogio Frites. (1976).

3. El escaso papel o fuerza social que desempeñan los indígenas en la vida nacional contribuye a aumentar esta situación de desprotección.

4. En general, el contexto histórico-metodológico (multidisciplinario), que nos puede permitir explicar la indefensión de las minorías indígenas en la Argentina, se caracteriza por el avasallamiento sistemático (usurpación de sus tierras), la política de "puertas abiertas" a la inmigración, especialmente europea; lo que redundó en la opción de "colonización o barbarie" con que el Estado Nacional Argentino pretendió la unificación de su mercado.

5. Asimismo, esta implantación a fortiori de la unidad nacional, para zanjar la diferencia fundamental entre la pampa y los centros industriales, terminó, como veníamos escribiendo, con el exterminio de las minorías indígenas.

3.2 El régimen de propiedad de la tierra de las Comunidades Indígenas en el Paraguay

La Constitución del Paraguay (1967) asegura la propiedad privada. Sin embargo, como lo habíamos adelantado, el Estatuto para las Comunidades Indígenas (Ley 904/81) establece una normatividad propia, autónoma, en lo referente al régimen de propiedad de las comunidades.

En su artículo 1° señala la ley 904: que es propósito del Estatuto para las Comunidades Indígenas asegurarles "su acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derecho con los demás ciudadanos". 51/

El principio rector del Estatuto, al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, consiste en consagrar la igualdad jurídico-formal (la categoría de "ciudadano") de los grupos indígenas. 52/

Esta declaración programática de la igualdad ante la ley, en el caso del Paraguay, se ve complementada por: a) Una legislación especial para las comunidades: el Estatuto; b) Una incipiente legislación protectora: las medidas contempladas en el Código del Trabajo ya señaladas; y, c) Una brecha flagrante entre los criterios sobre la propiedad establecidos en el Texto Constitucional y en el Estatuto de Comunidades.

El Estatuto de las Comunidades Indígenas establece que "las fracciones adjudicadas a éstas no podrán ser embargadas, enajenadas

51/ Cf. Diálogo Indígena Misionero. (1981). Véase, Constitución del Paraguay de 1940 y 1967.

52/ Cf. Seguramente, como resabio de las legislaciones liberales que consagraban la libertad y la igualdad como principios básicos de nuestras Constituciones, en términos abstracto-formales. Luis Díaz Müller. (1972).

a terceros, ni comprometidas en garantía de crédito alguno", 53/ con la finalidad de evitar la división de las tierras; y, sobre todo, mantener la vigencia de la propiedad comunal.

El criterio general del Estatuto en materia de propiedad consiste en establecer una "serie de normas que se vinculan con su derecho a conservar, recuperar u obtener un asentamiento en el cual se logre su preservación social y cultural, la defensa de sus tradiciones, dentro de un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos". 54/

El régimen de propiedad de la tierra se encuentra establecido en el Título I, Capítulo II, (arts. 14 a 27) del Estatuto, y se refiere al asentamiento de las Comunidades Indígenas, a la adjudicación de tierras y al procedimiento para obtenerlas.

El artículo 14 del Estatuto expresa claramente que para el asentamiento de comunidades se atenderá a las siguientes situaciones:

- a) la posesión actual;
- b) la posesión tradicional.

53/ Cf. Diálogo Indígena Misionero. (1980).

54/ Vd. Carlos Alberto González. (1982). pág. 213. Subr. nuestro.

Según la doctrina de este país esto significa: "que la ley pretende no sólo defender la actual posesión que las comunidades vengan ejercitando sino también reubicarlas en los lugares que tradicionalmente ocupaban cuando se hubieren verificado los desplazamientos que por distintos y conocidos motivos han tenido las comunidades que debieran abandonar su habitat tradicional". 55/

La legislación paraguaya: el Código del Trabajo (3 de agosto de 1967), el Código Rural (de 29 de marzo de 1963), el Estatuto Agrario (Ley 854 de 1953), y el artículo 50 de la Constitución Política de 1967 fijan el criterio de la igualdad jurídica.

El artículo 50 del Texto Constitucional dispone:

"Toda persona tiene derecho a ser protegida por el Estado en su vida, su integridad física, su libertad, su seguridad, su propiedad, su honor y su reputación".

Por su parte, el artículo 54 de la Constitución dispone:

"Los habitantes de la República son iguales ante la ley sin discriminación alguna".

El Estatuto, a su vez, expresa en su artículo 14 (Capítulo II: Del Asentamiento de las Comunidades Indígenas):

55/ Cf. Carlos A. González. op.cit. pág. 213. El art. 2° del Estatuto, antes citado, define lo que debe entenderse por "comunidad indígena". Los subrayados son nuestros.

"Art. 14. El asentamiento de las comunidades indígenas atenderá en lo posible a la posesión actual o tradicional de las tierras. El consentimiento libre y expreso de la comunidad indígena será esencial para su asentamiento en sitios distintos de sus territorios habituales, salvo razones de seguridad nacional".

El criterio general establecido en la Ley es el derecho de posesión, con la excepción de las "razones de seguridad nacional".

El artículo 15 señala el modus operandi para proceder al traslado de una comunidad indígena, y por vía excepcional:

"Cuando en los casos previstos en el artículo anterior resultare imprescindible el traslado de una o más comunidades indígenas, serán proporcionadas tierras aptas y por lo menos de igual calidad a las que ocupaban y serán convenientemente indemnizadas por los daños y perjuicios que sufrieren a consecuencia del desplazamiento, y por el valor de las mejoras".

La extensión de las tierras asignadas (art. 18) a comunidades indígenas se determinará conforme al número de pobladores asentados o a asentarse en cada comunidad, "de tal modo a asegurar la vialidad económica y cultural y la expansión de la misma". La superficie mínima será de 20 hectáreas por familia en la Región

Oriental, y de 100 en la Región Occidental. 56/

El asentamiento de comunidades indígenas podrá hacerse en tierras fiscales o de dominio privado. A este efecto, la ley de Comunidades establece distintos procedimientos si se trate de una u otra categoría de tierras (Cf. arts. 21 a 27).

La propia ley 904/81 o Estatuto crea en su título segundo el Instituto Paraguayo del Indígena.

En relación con la propiedad y tenencia de la tierra, la labor que (eventualmente) puede realizar el INDI cubre una serie de áreas:

- "apoyar las gestiones y denuncias de los indígenas ante entidades gubernamentales y privadas" (art. 32, g)

- "promover la formación técnico-profesional del indígena, especialmente para la producción agropecuaria, forestal y artesanal,

56/ Vd. Los trámites para el reconocimiento de la propiedad son los siguientes: 1. Reconocimiento de su personería jurídica. 2. Inscripción del título en el Registro Agrario, Registro General de la Propiedad y Registro Nacional de Comunidades Indígenas. 3. La transferencia de las tierras se hará en forma gratuita, libre, indivisa y libre de todo gravamen. (artículo 20). En relación con esto el artículo 17 dispone: "La adjudicación de tierras fiscales a las comunidades indígenas se hará en forma gratuita e indivisa. La fracción no podrá ser embargada, enajenada, arrendada a terceros, prescripta ni comprometida en garantía real de crédito alguno, en todo o en parte". Subrayado nuestro.

y capacitarlo para la organización y administración de las comunidades" (art. 32, j. Subrayado nuestro). 57/

Con todo, nos parece que existen dos disposiciones de la Ley de Comunidades de importancia en la materia.

Por una parte, la facultad del Consejo del Instituto Nacional de Desarrollo Indígena (INDI), en el sentido de: "autorizar la adquisición y venta de inmuebles, la constitución de hipotecas y otros derechos reales sobre los mismos, así como la compra y venta de bienes muebles" (art. 43, h). En segundo lugar, y más importante, es lo dispuesto en el artículo 59 (Capítulo II. De los recursos) del Estatuto: "Art. 59. Los recursos del INDI serán utilizados prioritariamente para los siguientes conceptos:

- a) adquisición de tierras para asentamientos indígenas;
- b) gastos que demanden los asentamientos indígenas;
- c) el financiamiento de programas de las comunidades indígenas. 58/

57/ Vd. En efecto, la ley sobre Comunidades no se pronuncia explícitamente sobre las atribuciones del INDI en materia de propiedad de la tierra. Estimamos, sin embargo, que el Capítulo II (Atribuciones del INDI) es la consecuencia lógica de la actividad de la organización gubernamental creada exprofeso para apoyar la resolución de los problemas de propiedad de la tierra contemplados en el capítulo Primero de la misma Ley.

58/ Vd. El sentido de "asentamiento" en la ley de Comunidades está relacionado con la radicación de los indígenas. No podría interpretarse, entonces, en el sentido de la Ley No. 16640 de Chile (julio, 1967) que utiliza el término como "propiedad comunitaria" al tratar la reforma agraria.

La organización de la propiedad, y creemos que la ley de Comunidades es ambigua, está orientada a la creación de comunidades indígenas, en el sentido expresado en el artículo 2° (criterio de la etnia).

Nada dice el Estatuto de 1981 sobre el principio de "autodeterminación" interna de la comunidad. Incluso, el mismo carácter "verticalista" y paternal de la ley llega al extremo de decidir motu proprio que: "En las comunidades indígenas se podrá reservar una fracción de terreno no mayor de veinte hectáreas en la Región Oriental y de cien en la Occidental, como áreas destinadas a las misiones religiosas para el cumplimiento de los servicios religiosos y sociales propios de las misiones" (artículo 69, Ley de Comunidades).

Es evidente que el artículo 69 atenta contra la libertad de conciencia y de cultos.

El hecho mismo que la relación entre las Comunidades y el Poder Ejecutivo se realice a través del Ministerio de Defensa Nacional 59/ favorece el esquema de imposición del gobierno sobre las comunidades.

El Código Rural (29-III-1963) señala:

59/ Cf. Conclusiones de la Comisión formada para buscar la fórmula legal para la titulación de tierras a favor de las comunidades indígenas. Asunción. 11 de diciembre de 1973.

"Los núcleos sobrevivientes de las parcialidades indígenas que aún existen en el país, serán asistidos por el Instituto de Bienestar Rural para su organización en colonias. Con este objeto, afectará las tierras necesarias para su asentamiento y colaborará en la medida de sus posibilidades con los organismos estatales y entidades privadas pertinentes para promover la progresiva incorporación de dichos núcleos al desarrollo económico y social del país (artículo 16).

De enorme importancia, en relación con la disposición transcrita del Código Rural, resulta ser el artículo 146 del mismo Texto:

"Declárase de utilidad social, sujetos a expropiaciones, las tierras del dominio privado siguientes: e. Las fracciones destinadas a parques nacionales y para colonias indígenas" (subr. nuestro). 60/

Las conclusiones de la Comisión formada para buscar la fórmula legal para la Titulación de tierras a favor de las Comunidades Indígenas (11 de diciembre de 1973) concluyó:

a) Los problemas principales de las parcialidades indígenas son:

1. La tierra, su titularidad, su laboreo, su disponibilidad;
2. El elemento humano;

60/ Vd. Anteriormente a estas disposiciones, la adjudicación de tierras para indígenas se efectuaba solamente a través de Misiones Religiosas Extranjeras, de acuerdo a la Ley de 1909. Véase, Asociación Indigenista del Paraguay. (1977).

3. Los instrumentos de producción y el régimen de crédito.

b) El problema central consiste en: ¿Quiénes serán titulares de esas tierras?

"Entendemos que la única respuesta a esta pregunta no puede ser otra que, los titulares de esas tierras serán los indígenas que no actúan como individualidades sino como parcialidades o comunidades que no configuran una persona jurídica". 61/

El proceso de titulación se realizó, provisionalmente, en favor de la Asociación Indigenista del Paraguay, "la que oportunamente transferirá tales fracciones a sus legítimos destinatarios":

POR TANTO,

El Consejo del Instituto de Bienestar Rural resolvió:

1. Declarar reservadas las tierras fiscales mensuradas por el Instituto de Bienestar Rural para asiento de parcialidades nativas;

2. Solicitar autorización del Poder Ejecutivo para transferir gratuitamente en propiedad, a favor de la Asociación Indigenista del Paraguay, las fracciones de tierras mencionadas en el artículo anterior;

61/ Cf. Comisión de Abogados del Paraguay formada para buscar la fórmula legal para la Titulación de tierras a favor de las Comunidades Indígenas. Asunción, 11 de diciembre de 1973.

3. La Asociación Indigenista del Paraguay, una vez cumplidas las condiciones requeridas en el Informe de fecha 11 de diciembre de 1973 de la Comisión Especial y con intervención del Instituto de Bienestar Rural, transferirá definitivamente tales fracciones de tierras a favor de las parcialidades nativas. 62/

El caso de Paraguay es escasamente analizado en el Informe del Relator Especial de la Subcomisión para la Prevención de la discriminación de las Minorías, anteriormente citado.

Con todo, podemos observar algunos criterios destacados por el Informe del Relator Especial:

1. Se observa que toda comunidad a la que se le de tierra, "atribuyéndosele la propiedad a ésta y no a los individuos que la componen, debe constituir una cooperativa de producción, de conformidad con lo dispuesto por el Instituto de Bienestar Rural, punto 4, resolución No. 677 de 24 de marzo de 1974". 63/

2. Asimismo, se argumenta que la protección de la propiedad indígena en el Paraguay se viene realizando dentro de los marcos

62/ Cf. De acuerdo con el artículo 16 del Estatuto Agrario del Instituto de Bienestar Rural (I.B.R.) se han destinado para colonización indígena más de 100.000 hectáreas de tierras. (1963). Subrayado nuestro.

63/ Cf. Informe del Relator Especial, citado, pág. 134.

de la reforma agraria del país, 64/

En este sentido, se persiguen dos objetivos principales:

- a) parcelamiento de las propiedades rurales que excedan de cierta extensión;
- b) reservas de tierras para las comunidades indígenas.

3. Se señala la siguiente cronología:

22 de marzo de 1963: Por Ley No. 852 se crea el Instituto de Bienestar Rural (I.B.R.) en cuyo artículo 2° se expresa: "El I.B.R. tiene por objeto transformar la estructura agraria del país y la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la Nación, mediante soluciones legales que permitan eliminar progresivamente el latifundio y el minifundio, sustituyéndolos por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra. Estas soluciones propugnarán la equitativa distribución de la misma, una adecuada organización del crédito, de la producción y su comercialización, asistiendo integralmente a los productores del campo para lograr su estabilidad económica, como ganancia de su libertad y dignidad como fundamento del bienestar social".

Ley de 27 de agosto de 1960: Ley No. 662 sobre la parcelación

64/ Cf. Ramón César Bejarano. (1972). Citado por Martínez Cobo. pág. 205.

proporcional de propiedades mayores, en cuyo art. 1° se expresa:
 "Las propiedades que tengan una superficie de 10.000 has. o más de tierras aptas para la agricultura quedan sujetas al régimen de parcelación proporcional establecido en esta Ley".

13 de diciembre de 1972. El Presidente del Consejo del I.B.R., Dr. Juan Manuel Frutos, en nota A No. 284 dirigida al Presidente de la Asociación Indigenista acompañando copia de la Resolución No. 1573, expresa: "Sobre el particular tenemos a bien comunicar a esa Asociación que el I.B.R. ha prestado la debida atención a los problemas que afectan a los indígenas, que como todo habitante de la República tienen el derecho de ser protegidos por el Estado en su vida, su integridad física, su libertad, su seguridad, su propiedad, su honor y su reputación, según reza el artículo 50 de la Constitución Nacional. Para el efecto ha reservado numerosas fracciones de tierra en todo el territorio nacional para asiento de las parcialidades indígenas, y creado numerosas colonias nacionales a fin de incorporarlas a la civilización como ciudadanos útiles a la patria".⁶

4. La expresión "Colonia (¿comunidad?) indígena" permanece difusa en la legislación.

65/ Cf. El subrayado es nuestro. La carta del Presidente del Consejo del Instituto de Bienestar Rural del Paraguay resulta ejemplar sobre los propósitos de la legislación: criterio de la igualdad (todos son ciudadanos), protección del Estado, incorporación a la vida nacional. Véase, Martínez Cobo. pág. 205.

Con todo, se ha informado en un documento oficial presentado a la O.I.T. en 1973:

"... El Instituto de Bienestar Rural ha destinado para la colonización indígena 100.000 hectáreas de tierras en distintos puntos de la República". ^{66/} Las colonias indígenas de conformidad a sus propias características sociopolíticas se desarrollan con la colaboración de equipos técnicos de instituciones del sector público y privado. Estos equipos técnicos solamente son colaboradores de los responsables indígenas de las comunidades, buscando un camino propio que parte de su situación cultural actual y tiende a una integración a la sociedad nacional.

Cabe señalar que las mensuras son realizadas en áreas de tierras fiscales y para comunidades que quieran establecer asentamiento en tales áreas. Hasta el momento no ha habido un solo caso de mudanza de poblaciones indígenas. En todos los casos la colonización ha sido hecha en su propia área habitacional". ^{67/}

5. En materia de propiedad de la tierra indígena en el Paraguay, criterio que se refuerza con la legislación de 1981, debemos

^{66/} Cf. La expresión "colonias indígenas" es reemplazada por "comunidades" en la Ley de 1981, ya analizada. Con respecto a las 100.000 hectáreas destinadas a la colonización indígena se ha tenido conocimiento que fueron ofrecidas en subasta a colonizadores extranjeros. Cf. Martínez Cobo.

^{67/} Cf. Memoria presentada por el Gobierno del Paraguay (1973) según el artículo 22 de la Constitución de la O.I.T. acerca de la aplicación del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (No. 107).

enfaticar el carácter marcadamente "integracionista" y "estatista" del orden jurídico.

6. Asimismo, en un balance global de la situación jurídica existente, debe señalarse (como trasfondo de lo expresado) que la idea-fuerza que inspira el sistema jurídico-político se expresa en la ambición de la modernización capitalista del Paraguay.

7. Este argumento, primero y principal para el análisis de la situación existente no aparece en los textos oficiales; pero, se refleja con claridad en los textos citados: modernización, incorporación-integración, igualdad jurídica, para provocar la homogeneidad nacional que permita la apertura hacia el exterior (vía conglomerados transnacionales, v.gr.), y una puesta al día con la marcha del desarrollo subregional.

Especialmente, por la contigüidad y dependencia del Paraguay respecto de sus vecinos; en especial, Brasil. En este mismo sentido, debe explicarse la invasión transnacional en la Región Amazónica (analizada en el Informe del Relator Especial), y la intervención directa del Estado en la formulación de la política de desarrollo de las comunidades indígenas, ^{68/} lo que contradice la legislación formal sobre la materia.

68/ Cf. Cecilia Medina, op.cit. pp. 21 y ss.

3.3 Chile. La política de propiedad de la tierra desde 1973

La Constitución de 1980, como se señalaba en el apartado correspondiente, dedicaba un artículo especial al tratamiento de los derechos humanos, sin referirse a la situación de las minorías indígenas en este país.

El Texto Fundamental, marcadamente integrista, establece la igualdad ante la ley (art. 19, 2), y señala que el Estado garantiza:

"24. El derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, ^{69/} la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. ^{70/}

Nadie puede, en caso alguno, ^{71/} ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades

^{69/} Cf. Luis Díaz Müller. (1982).

^{70/} Entre los "derechos de solidaridad" (o de la tercera generación) se cuenta el "derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado".

^{71/} Cf. Con las excepciones que fija la propia Constitución.

esenciales ^{72/} del dominio ^{73/} sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, ^{74/} calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización ^{75/} por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la

^{72/} Por atributos esenciales debe entenderse el derecho de usar, gozar y disponer libremente de la propiedad. Véase, Luis Díaz Müller. (1972).

^{73/} Dominio (dominum) se utiliza, indistintamente, como equivalente de Propiedad. Para algunos autores posee un alcance más restringido que ésta última. Véase, José Castán Tobeñas. s.f.

^{74/} El concepto de "interés nacional" difiere del concepto de "interés social" establecido en la Constitución de Chile de 1925, anteriormente vigente.

^{75/} El derecho a la indemnización, a juicio de los tribunales ordinarios, fue discutido a propósito de la ley No. 16640 sobre reforma agraria (1967).

expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas,..." ^{76/} (artículo 19, numeral 24, Constitución Política).

El derecho de propiedad, consagrado constitucionalmente, está ubicado en el capítulo III: De los Derechos y Deberes Constitucionales.

La propia importancia asignada al derecho de propiedad, que la Constitución se encarga de analizar con detalle, nos permite trazar el marco jurídico-político del régimen de propiedad de las minorías indígenas:

1. El apartado 24 del artículo 19 de la Constitución debe entenderse en relación con el principio de la "libertad de la propiedad" como criterio de base:

"La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

23. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos

^{76/} Cf. Se refiere a la titularidad jurídica del estado sobre las riquezas naturales, etcétera. Véase, Eduardo Novoa Monreal. (1972).

de esta Constitución". 77/

A partir de los preceptos constitucionales se puede inferir:

a) La libertad para adquirir la propiedad (art. 19, 23). Este criterio permitirá "explicar" el fenómeno de desmembramiento y privatización de la propiedad indígena; que, históricamente, ha sido organizada en términos comunitarios;

b) La propiedad del Estado sobre las riquezas y recursos naturales; 78/

c) A diferencia de la Constitución de 1925, la actual Carta Fundamental no establece la función social de la propiedad. Se limita a reconocer la posibilidad de la expropiación por razones de "utilidad pública" o "interés nacional".

La legislación particular sobre propiedad indígena, a los efectos de este estudio, comienza con la Ley 17729 de 1972, que establecía como principios básicos en materia de propiedad: 79/

77/ Cf. Constitución Política de Chile de 1980. Artículo 19, numeral 23.

78/ Vd. Si bien por la vía de la "concesión administrativa" se ha producido un proceso de desnacionalización de las riquezas básicas. Véase, W. Fortin. op.cit.

79/ De 26 de septiembre de 1972. Véase, Hugo Ormeño y Jorge Osses. (1972). pp. 23 y ss.

a) La creación del Instituto de Desarrollo Indígena destinado a: promover el desarrollo de los indígenas, procurar la integración de los indígenas a la comunidad nacional, "considerando su idiosincracia y respetando sus costumbres"; 80/

b) La ley 17729 establece en su artículo 14 que:

"Las comunidades indígenas solo podrán dividirse cuando lo pida al Instituto de Desarrollo Indígena la mayoría absoluta de los comuneros que vivan o trabajen en la misma comunidad, o cuando lo acuerde el propio Instituto". 81/ Es menester destacar respecto de la facultad del Instituto de Desarrollo Indígena para dividir la propiedad indígena que el Consejo Superior del I.D.I. estaba integrado por 7 campesinos-mapuches de un total de 16 Consejeros, como lo observaremos al tratar los sistemas de organización jurídico-administrativos en perspectiva comparada;

c) La ley 17.729 reconocía la existencia del mapuche (hombre de la tierra), principal grupo étnico, como un grupo cultural distinto dentro de la nación, 82/ con una población estimada en

80/ Cf. Cristián Vives. (1978). pp. 711-716. El autor de este ensayo distingue entre el concepto "asimilación": de los mapuches al grupo socio-cultural mayor; e, integración: al desarrollo nacional" considerando sus rasgos culturales propios y muy especialmente su organización socio-política. pág. 711.

81/ Ibid. pág. 712.

82/ Cf. ICCHRLA. (1979).

500.000 personas, ^{83/} ocupando la región centro-sur del territorio: Bio-Bio, Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia, Puerto Montt;

d) Definición de Indígena. El artículo 1° de la Ley de 1972 nos ofrece una definición en base a los siguientes criterios:

- Indígena: es aquel que invoca un derecho derivado de un título de propiedad de tierras, de acuerdo a las leyes de 1866, 1894, 1883, Ley 4, 169; Ley 4, 802; Decreto 4, 111 y Ley 14, 511;

- Aquellos que poseen un título de propiedad basado en decisión judicial por las Cortes de Indios;

- Aquellos que viviendo dentro del territorio nacional forman parte de un grupo que se expresa en idioma nativo y se distingue del resto de los habitantes de Chile por conservar un sistema de vida, manteniendo reglas para vivir en comunidad, y preservando hábitos y sistemas de trabajo derivados de una herencia étnica autónoma; ^{84/}

e) La relación entre "tierras indígenas" y los indígenas individualmente considerados está establecida en los artículos 4 y 5 de esta misma ley: en el caso de comunidades solo los miembros que

^{83/} Janice Acton. (1979).

^{84/} Cf. Janice Acton. (1979).

personalmente vivan o trabajen en estas tierras son titulares de derechos sobre ellas. En ausencia de estas condiciones, los derechos de los miembros expiran.

f) En materia de división de comunidades, la Ley 17729 señala que la mitad de los miembros de la comunidad pueden solicitar al Instituto de Desarrollo Indígena (IDI) la división o el propio Instituto puede decretar esta misma;

g) Respecto de la integridad de la tierra: el artículo 7 establecía una serie de restricciones para la disposición de la tierra por la comunidad: 1) una porción de la comunidad solo puede ser vendida por otro indígena de la misma comunidad; 2) si después de la división de la comunidad, los propietarios individuales no están autorizados a disponer de la tierra excepto a otros miembros de la comunidad originaria (art. 14); 85/

h) Recuperación de tierras indígenas. Asimismo, la Ley 17729 trata el problema de las tierras originarias garantizadas a los indígenas después de la conquista de su territorio, y pérdidas por diversas razones (usurpación, venta fraudulenta, etc.).

En este caso, se estima que alrededor de 100.000 hectáreas de tierras indígenas fueron transferidas a individuos no indígenas. 86/

85/ Cf. Decreto-Ley No. 1248 (art. 14).

86/ Cf. Hugo Ormeño y Jorge Osses. (1972). pág. 12.

El total estimado de tierras transferidas se calcula en 130.000 hectáreas.

Existían dos medios legales para proceder a la restitución de las tierras:

1° Restitución

Este primer camino procedía (no en la actualidad) cuando el poseedor de tierras indígenas no tenía título de dominio, o el título violaba las leyes mencionadas anteriormente, cuando nos referimos a la calificación jurídica de indígena de acuerdo con la ley 17729 (1972).

En este caso, el Instituto de Desarrollo Indígena podía ordenar la restitución de las tierras de acuerdo con el artículo 17 de la ley 17.729.

Esta misma ley suprimió los juzgados de Indios, tribunales de competencia especial, y entregó la facultad jurisdiccional de juzgar los asuntos relacionados con los indígenas a los Tribunales Ordinarios.

2° Expropiación

Un segundo expediente para permitir la restitución de las

tierras arrebatadas a los indígenas se relaciona con el proceso de la reforma agraria.

En efecto, la ley No. 16640 (1967) permitía la expropiación por una serie de causales destinados, principalmente, a la eliminación del latifundio. ^{87/}

Esta primera fase, en nuestra opinión, de la evolución jurídica indigenista en Chile termina con el golpe de estado de septiembre de 1973; y da inicio a un nuevo tipo de legislación absolutamente distinta y opuesta a la vigente hasta ese momento.

El primer referente jurídico de la nueva legislación elaborada por la Junta Militar es, como se mencionaba, la Constitución Política de 1980.

A partir de este Texto Constitucional se aprueba el Decreto-Ley 2568 que ha suscitado numerosas críticas; especialmente, en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de las minorías indígenas.

¿Cuáles son los fundamentos del Decreto-Ley No. 2568 de 1979?

1. En primer lugar, producir la división de las tierras indígenas.

^{87/} Cf. Luis Díaz Müller. (1972).

El Ministro de Agricultura de la Junta Militar, al destacar los propósitos del Decreto-Ley señaló:

"La base del proyecto de ley es transformar a los mapuches, actualmente propietarios colectivos sin títulos de tierras, en propietarios privados con título". 88/

2. Para el gobierno de la Junta Militar, la causa del atraso económico y social del pueblo indígena consiste en la propiedad comunitaria de la tierra. La solución, según este criterio, estribaría en un fuerte apoyo técnico a la propiedad privada de las tierras indígenas.

3. El "Plan Kelly" (por el Ministro de Economía de 1979) estaba orientado a:

- la eliminación de los límites existentes sobre tenencia de la tierra;
- la apertura a la inversión de las corporaciones transnacionales;
- la privatización, como se escribía, de las tierras indígenas. ¹

4. El Decreto-Ley No. 2568 tiende a homogeneizar e incorporar a las tierras indígenas al proceso de desarrollo militar-transnacional del país. Se reafirma el criterio formal de la igualdad

88/ Cf. "El Mercurio". Santiago, 21 de septiembre, 1978.

89/ Cf. Janice Acton. op.cit. pág. 2.

jurídica: "en Chile no hay indígenas, solo chilenos", en palabras del Ministro de Agricultura.

5. El proceso de "titulación" de las tierras es el factor primario en el proceso de integración de los indígenas a la vida nacional.

Un Informe del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), organismo dependiente del Ministerio de Agricultura, señala con claridad:

"No obstante lo lento y difícil que pudiera considerarse el proceso de radicación e integración de los indígenas, siempre mantuvo vigente el ideal de igualdad ciudadana y el deseo de incorporación de todos los elementos aborígenes, españoles e inmigrantes a una misma nación". 90/

6. En correspondencia con la política económica de la Junta Militar se hacía necesario recurrir a la privatización y desmembramiento de las tierras para provocar la inversión extranjera transnacional, y producir la integración.

7. En este sentido, el Decreto-Ley persigue los siguientes objetivos:

90/ Cf. Ministerio de Agricultura, INDAP. Dirección Nacional de Asuntos Indígenas, Ley No. 17729. Modificada por el Decreto-Ley 2568 de 1979.

- a) posibilitar la conclusión del proceso de titulación interna de las reservas indígenas, reconociendo la propiedad legal de las posesiones individuales de los mapuches;
- b) establecimiento de un procedimiento judicial para la asignación individual;
- c) otorgamiento de títulos de dominio a los ocupantes de las reservas.

8. El Informe del Relator Especial de la O.N.U., a propósito de las minorías indígenas en Chile, cita la información proporcionada por el Gobierno en su Informe de 1973:

- a) "Para resolver o aliviar los problemas económicos de los indígenas, habrá que proceder por zonas o regiones estudiando las características que ellos tengan en cada una. Pensamos que es primordial liquidar las comunidades indivisas, para luego ir al desarrollo de la respectiva zona otorgando a los adjudicatarios a través del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) u otros organismos fiscales los medios necesarios para adquirir alambre y estacas para cercas, herramientas, abono, semillas, animales de reproducción, etc. Dado el aumento vegetativo de la población, habrá que ir cuanto antes al establecimiento de industrias pecuarias o agrícolas en cada región, para procurar trabajo remunerativo a

las nuevas generaciones"; 91/

b) En relación con el Decreto-Ley 2568 en vigencia:

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

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

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

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

91/ Martínez Cobo,

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

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

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

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

Estos son los propósitos declarados de la nueva ley indígena de la Junta Militar.

8. Asimismo, se señala la necesidad de otorgar asistencia técnica, cultural, educativa y económica a los mapuches, y deberá operar "dentro del más estricto respeto de las tradiciones, formas de vida, creencias y costumbres de los mapuches". 92/

92/ Cf. Ibid. págs. 86-87.

Crítica a la legislación vigente: Decreto-Ley No. 2568 (1979)

1. El Informe del Relator Especial menciona las siguientes:

a) El procedimiento para la división de las reservas, que podrá ser iniciado por el Abogado Defensor de Indígenas ante el Juez de Letras de Mayor Cuantía en lo Civil, a instancias de uno solo de los ocupantes ^{93/} de las tierras.

Según la ley 17729 (1972), anteriormente vigente, se requería que la solicitud de división fuera apoyada por la mitad más uno de los comuneros;

b) La disposición que establece que son ocupantes de las tierras las personas que "poseyendo o no" derechos de los indicados en la norma, explote en forma independiente, en beneficio o por cuenta propia un goce o una reserva (art. 3).

Se concede, además, el carácter de ocupante a los arrendatarios de uno o más goces pertenecientes a comuneros que sean asignatarios de tierras en el área reformada (art. 10).

93/ Vd. La ley 17.729 (art. 3°) define al indígena: "Para los efectos de esta ley, se considerará "indígena" a toda persona que posea derechos que emanen directa o indirectamente de algunos de los títulos mencionados en el artículo 1° (se refiere a las tierras indígenas), o la calidad de hacendados de los que figuran o hayan debido figurar en ellos".

La crítica principal a esta disposición es que concede el reconocimiento de derechos sobre las tierras mapuches a personas que no pertenecen a esta minoría étnica. 94/

c) El Instituto Indígena de Temuco (26-III-1979), en relación con esta disposición sobre la categoría de ocupante, declaró:

"Lo anterior significa que un arrendatario, al ser considerado por esta ley como ocupante, pasará a ser dueño de la tierra mapuche SEA ESTE MAPUCHE O NO, lo que hace transformar este precepto legal en el primer intento claro de quitarle la tierra al propietario mapuche, ya que un arrendatario perfectamente puede ser un no mapuche. El tenor de la ley es claro; también lo es la finalidad de ella.

Pero esta ley no sólo se queda ahí; además de permitir que un arrendatario no mapuche pase a ser dueño de la tierra, prescribe que SE PRESUME DE DERECHO (lo que significa que no puede probarse lo contrario) que todos los ocupantes de una reserva tienen el carácter de comuneros de ella, Y TIENE LA calidad de indígena". 95/

d) En el Decreto-Ley 2568 no existen limitaciones para la superficie que cada uno puede adjudicarse con carácter individual y exclusivo (art. 19).

94/ Cf. Martínez Cobo, op.cit. pág. 91.

95/ Vd. Declaración del Instituto Indígena de Temuco. Citado por Martínez Cobo. pág. 91. Subrayado nuestro.

e) La embargabilidad de las tierras mapuches para responder por créditos que sus propietarios contraigan en cualquier institución financiera. 96/

f) La posibilidad de enajenación de las tierras mapuches. Por leyes anteriores no podían hipotecarse ni venderse a personas no mapuches.

Con todo, el artículo 23 del Decreto-Ley 2568 establece que las parcelas que resulten de la división no podrán enajenarse durante los primeros 20 años.

Sin embargo, el artículo 26 añade "que será posible venderlas si así lo autoriza el Director Regional del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) en ciertos casos, como por ejemplo, si el adquirente es dueño de otra hijuela resultante de alguna división de tierras practicada de acuerdo con esta misma norma". 97/

g) En consecuencia, señala el Informe del Relator Especial sobre Minorías, "la información entregada por el gobierno de Chile, mencionada en el párrafo 169 a), no refleja el verdadero contenido del Decreto-Ley 2568 cuando dice que las parcelas resultantes de la división no podrán venderse, durante 20 años, sino a mapuches".

96/ Vd. La ley 17729 establecía la inembargabilidad de las tierras, acciones y derechos de los miembros de las comunidades mapuches

97/ Cf. Martínez Cobo. op.cit. pág. 92

h) La posibilidad de gravar o hipotecar a favor de cualquier organismo del Estado, o instituciones financieras, crediticias o bancarias privadas, mediante autorización del INDAP.

En efecto, señala el Relator Especial, "así se coloca a los territorios que constituían las reservas en condiciones similares a las de otras tierras, pero en vista de la falta de asistencia del Estado (según se explica en párrafos subsiguientes, desaparecen de la legislación las disposiciones sobre asistencia estatal al pueblo mapuche en materia técnica, de servicios, educación, etc.) y de la actual situación de extrema pobreza del pueblo mapuche, es posible prever que esas tierras pasarán rápidamente a manos de compradores o de instituciones financieras y de crédito, con lo que los territorios mapuches dejarán de constituir una de las bases de sustentación y elemento integrador de esa comunidad". 98/

i) Ha causado fuerte impacto la disolución del Instituto de Desarrollo Indígena. El Decreto-Ley 2568 no prevé nada al respecto. El Relator Especial señala que todas las comunicaciones recibidas para la elaboración del Informe critican la falta de un organismo encargado del Desarrollo Indígena.

j) Es nuestra idea avanzar dos niveles de crítica al Decreto-Ley 2568:

98/ Cf. Martínez Cobo. cit. pág. 92. Subrayado nuestro. Sobre la evolución de la propiedad de la tierra indígena puede consultarse el ensayo de Gonzalo Balnes. (1980).

1° Por una parte, queremos referirnos a la política económica, reflejada en la legislación, que se está aplicando a las minorías indígenas.

En este sentido, debe señalarse que el proceso de privatización de las tierras indígenas se inscribe dentro de la política general del gobierno. La ortodoxia monetarista, en el marco de un régimen político de Seguridad Nacional, ha ido conformando un modelo transnacional-militar de desarrollo que requiere y necesita homogeneizar las relaciones con los grupos minoritarios.

Este mismo régimen de terrorismo de estado, en contradicción de base con las normas sobre derechos humanos, alcanza, naturalmente, a las comunidades indígenas.

En una palabra, puede argumentarse que la violación a los derechos humanos, secuela de la implantación del modelo monetarista con dictadura militar, alcanza (con mayor fuerza) a las minorías indígenas, dado su actual estado de indefensión.

En un balance de la política indigenista en la actualidad, escribe Alfonso Stephens Freire, "La política seguida hasta ahora de incorporar a los mapuches a la nación chilena mediante la "asimilación" individual, ha fracasado, Sería necesario reemplazar esa política por la de incorporar masivamente a todo el pueblo mapuche,

como entidad étnica con personalidad propia, a la nación chilena". 99/

2° Un segundo tipo de críticas a la legislación existente se refiere, precisamente, a la cuestión de los derechos humanos.

El Relator Especial en su Informe al 34° período de sesiones de Naciones Unidas, observó refiriéndose al decreto 2568:

"se preocupa por incorporar a la comunidad mapuche a las estructuras socioeconómicas establecidas en los últimos años en todo el país, privándola de toda forma de protección y salvaguardia de su identidad y de su integridad, así como de la ayuda al desarrollo de la comunidad mapuche. La situación de extrema pobreza en que se encuentran estas comunidades autóctonas; así como la obligación de incorporarse, por decisión unilateral del Gobierno, a un sistema socioeconómico y cultural que no es el propio amenazan seriamente su existencia como grupo étnico". 100/

De tal manera, a modo de conclusión preliminar, este fenómeno de privatización y de otorgamiento de mayor productividad a las tierras indígenas, se ha convertido en un problema claro que atañe a los derechos humanos y, como lo han señalado numerosas organizaciones humanitarias, puede plantearse en la configuración del delito

99/ Cf. Alfonso Stephens. (1982). pp. 44 y ss.

100/ Cf. Martínez Cobo. cit. pág. 94. Subrayado nuestro.

de etnocidio. Conforme al Decreto-Ley No. 2568 (marzo de 1979) se considera "indígena" a los ocupantes de las mercedes de tierras de reducción, mientras éstas se encuentran indivisas. El inciso último del artículo 1° del Decreto-Ley en referencia dispone: "A partir de la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de las hijuelas, resultado de la división, las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños o adjudicatarios". De tal manera que desaparece la categoría de "indígena" por la simple división de las tierras de su propiedad.

3.4 La propiedad de la tierra indígena en Colombia

En nuestro intento de tipología, habíamos ubicado a la legislación existente en Colombia, entre aquellos países que poseen una normatividad constitucional en materia de derechos humanos, con legislación particular respecto de las minorías indígenas.

En efecto, la Constitución colombiana de 1886, se refiere en su Título III a los Derechos Civiles y Garantías Sociales.

Los principales derechos y garantías protegidos son: carácter social del trabajo, derecho de huelga, asistencia pública, libertad y seguridad personales, propiedad, intervención del Estado, libertad de enseñanza, correspondencia, Industria y Profesiones, Petición, Reunión y asociación, estado civil, responsabilidad por

violación de las garantías.

El tema de la propiedad, desde el punto de vista constitucional, está consagrado en el artículo 30 del Estatuto Fundamental, adhiriendo al principio de la propiedad función-social, y expresa:

"Art. 30. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara". 101/

101/ Cf. Diego Renato Salazar. op.cit. pág. 55. Subr. nuestro.

Los principios fundamentales consagrados en la casi centenaria constitución de Colombia podríamos sistematizarlos en:

1° Se establece la función social de la propiedad

A diferencia de Paraguay, en que se establecía la propiedad privada como principio inspirador; y la Constitución de Chile (1980) que adoptando un criterio ambiguo, establecía la defensa de la propiedad privada; en el caso de Colombia, recogiendo los postulados del constitucionalismo social planteado por Leon Dugwit, se declara la función social de la propiedad.

Así, en el caso constitucional en estudio, la redacción del artículo 30 data de 1936; al influjo, en nuestra opinión, de la Constitución Mexicana de febrero de 1917, y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

2° El primer inciso del artículo de la referencia consagra la garantía de la propiedad privada.

Si bien, estimamos, que el principio de la función social priva sobre el criterio de la propiedad privada. En efecto, se argumenta que existen dos tesis contradictorias en el Texto Constitucional: propiedad privada versus propiedad-función-social. 102/

102/ Cf. Diego Renato Salazar, cit. pp. 33 y ss. Se refiere a las Garantías y Derechos Sociales (Título III).

En nuestra opinión, no existe esta contradicción. La mantención del concepto tradicional de propiedad proviene desde 1886; la propiedad función-social proviene del Acto Legislativo No. 10 de 1936, en que se pretendió una puesta al día de la Constitución a tono con las necesidades de la época.

Reafirmando nuestra interpretación, la Corte Suprema de Colombia ha declarado en Sentencia de 14 de junio de 1969:

"El artículo 30 de la Constitución define, con efectos jurídicos, la naturaleza económica y social del Estado colombiano. Aco-ge estos principios fundamentales:

... e) Premminencia del interés público o social en caso de conflicto con el interés privado". 103/

3° Se establece la posibilidad de la expropiación con dos requisitos: sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, señala la Constitución, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización.

4° El artículo 16 establece que todos los individuos tienen

103/ Cf. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Junio 14 de 1969. En, Diego Renato Salazar, op.cit. pág. 57. El art. 30 debe entenderse en relación con el art. 31 de la Constitución que establece la prohibición del monopolio.

derecho a la protección de sus vidas, honor y propiedad. Asimismo, el art. 22 prohíbe la esclavitud en Colombia, y el artículo 53 de la Constitución afirma la libertad de conciencia y trabajo.

A partir del marco político-jurídico contemplado en la Carta de 1886, podemos ingresar al análisis de la propiedad de la tierra de las minorías indígenas.

En efecto, la primera disposición legal sobre la materia fue la Ley No. 89 de 1890. En virtud de esta norma se establecía que los indígenas debían ser asimilados a la categoría de menores con respecto a las porciones de tierra en su territorio (art. 36). 104/

En 1970, la Corte Suprema de Justicia, dictaminó que el Código Penal no era aplicable a los indígenas.

En relación directa con la propiedad de la tierra se establecen las unidades territoriales denominadas Reservas, que son administradas en virtud de Concordato con la Santa Sede, como ya se había analizado.

En Colombia, existen cuatro modalidades principales de ocupación de tierras por poblaciones indígenas:

1. los resguardos;

2. zonas de reserva que se rigen por la legislación sobre reforma agraria;
3. propiedades privadas;
4. zonas administradas por la iglesia.

1. Los resguardos son concesiones otorgadas por la Corona española. ^{105/} Están organizadas en propiedad colectiva y su enajenación es ilegal desde el Siglo XVII.

Este régimen de tierras se ha prestado para problemas de usurpación, ya que no aparece claro, incluso por el tiempo transcurrido, la titularidad jurídica de los indígenas sobre las propiedades.

En su Memoria de 1975, el Gobierno señalaba que los resguardos totalizan una superficie de 174.000 hectáreas "y que en el curso de los últimos años se habían tomado medidas para establecer o poner en claro títulos legales y para ampliar las zonas de resguardos (la creación de resguardos suplementarios para grupos indígenas que carecieran de ellos fue decretada en virtud del artículo 127 de la ley Núm. 1, de 1968, que modificaba el artículo 84 de la ley de

^{105/} Cf. La ley 89 de 1890 dice: "por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada", de 25 de noviembre de ese año. (Resguardos. Capítulo III. Artículo 14 y ss.).

reforma social agraria de 1961)", 106/

Estos textos legales disponen la división de los resguardos, en parcelas individuales o en propiedades comunales, y que se otorguen los respectivos títulos de propiedad.

2. En virtud del Decreto No. 2117 de 1969 se estableció la aplicación de la legislación de la reforma agraria a los indígenas.

En esta virtud, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), está facultado para adquirir tierras por compra o expropiación y a redistribuirlas mediante un sistema de "unidades agrícolas familiares", que constituye un segundo tipo de organización de la propiedad de la tierra.

Estas parcelas o "unidades agrícolas familiares" pueden ser revendidas a las familias en plazos hasta de 15 años. Esta puede ser una alternativa de adquisición de tierras para las comunidades indígenas.

106/ Cf. Ley 81 de 1958 sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas; ley No. 135 sobre Reforma Social Agraria (de 13 de diciembre de 1961); ley 1° de 1968 (26 de enero de 1968); Decreto No. 3159 de 26 de diciembre de 1968; Decreto No. 1142 de 1978 que reglamenta el artículo 11 del Decreto-Ley No. 088 de 1976 sobre educación de las comunidades indígenas; Decreto No. 1229 (8 de agosto de 1979), que crea la Comisión Nacional de Programas para el Desarrollo de la Comunidad; Decreto 2117 (8 de diciembre de 1969), reglamentaria de la ley 135 de 1961 para la dotación de tierras, división y distribución de los resguardos e integración de las parcialidades indígenas a la Reforma Agraria.

Además, por decreto No. 2117 (1969) se confió al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) la creación de zonas de reserva en tierras propiedad del estado y en número suficiente para la creación de "unidades agrícolas familiares", 107/ destinadas a tribus o grupos indígenas que no poseyeran tierras, con miras a su distribución. 108/

3. Los indígenas que poseen derecho de propiedad (individual o colectivo) sobre las tierras que ocupan.

En este tercer tipo de propiedad indígena, cuya extensión es indeterminada, se ha evidenciado el problema que los indígenas adquirentes de parcelas no han podido pagar las deudas contraídas. Razón por la cual, se afirma que algunas familias han retornado a la vida selvícola. 109/

4. Los territorios de "misiones"

En virtud de los diversos Concordatos celebrados entre el Estado Colombiano y la Santa Sede, se ha puesto en práctica este sistema peculiar de tenencia de la tierra.

107/ Cf. Hugo Burgos y Gonzalo Pesántez Reinoso. (1967).

108/ Vd. Se calcula en 1.813.014 hectáreas.

109/ Cf. V.D. Bonilla. (1972). pág. 274.

Así, desde el Siglo XIX se han concedido grandes extensiones de terrenos a las misiones religiosas, mediante la figura jurídica denominada "convenios de misiones", con el fin de permitir la evangelización (religión católica) y administración de las tierras indígenas.

Mucho se ha discutido y discute sobre la constitucionalidad de tales actos. Se argumenta, con razón, que ello supone un desplazamiento de soberanía del Estado hacia las órdenes religiosas encargadas de evangelizar y administrar los territorios de los indígenas. Volveremos sobre este punto.

En realidad, "las misiones tienen potestad administrativa sobre las tierras que son realmente de su propiedad y sobre las que se hallan dentro de las regiones en las que son responsables de los indios en virtud de la ley Núm. 89, de 1890, pero que pueden estar sujetas a otro régimen jurídico".

En la época actual, la ley de Agricultura 2117 de 1969, que pone en práctica la Ley de Reforma Social Agraria No. 135 de 1961, otorga facultades al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (en acuerdo con el Ministerio de Gobierno) para regular los problemas de las reservaciones indígenas.

La ley 81 de 1958 establece como una de las prerrogativas del Departamento de Asuntos Indígenas, el poder de solicitar la

incorporación de indígenas a aquellas reservaciones de baja población basada sobre el área territorial asignada y por falta de explotación económica, con individuos o familias de reservaciones sobrepobladas con tierras insuficientes para sus miembros. 110/

Con posterioridad a 1971, bajo la administración del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se han originado una serie de resoluciones destinadas a constituir reservaciones para indígenas. Tal es el caso de la resolución 014 de 26 de febrero de 1975 y la resolución 229 de 26 de noviembre de este mismo año.

La primera resolución se refiere al establecimiento de una reserva de 22,500 hectáreas para beneficio de 64 familias Guahibo con un total de 335 miembros. Por otra parte, la Resolución 229 se refiere, principalmente, al establecimiento de una reserva de 26,000 hectáreas en favor de 164 familias indígenas consistentes en 702 personas.

No está demás señalar que lo añejo de la legislación colombiana, cuyo principal cuerpo normativo es la ley 89 de 1890, impide una mayor y eficaz protección de los grupos indígenas.

En la actualidad, corresponde al Ministerio de Gobierno, apoyado por el Consejo Nacional de Política Indígena, establecido en

110/ Cf. Cecilia Medina. op.cit. pág. 20

1971, y reorganizado por Decreto 585 de 24 de marzo de 1976, fijar la política indigenista.

Asimismo, el Decreto 1741 aprobado por el Ministerio de Gobierno en 1973, establece en su artículo 1°:

"La política indígena del Estado Colombiano está orientada hacia el adiestramiento de miembros de las comunidades indígenas en las técnicas avanzadas de explotación económica de manera que la integración de estas comunidades al desarrollo nacional bajo condiciones de igualdad sea posible, dentro del de su autonomía cultural". 111/

La función-social de la propiedad y la incorporación de los grupos indígenas, en sus cuatro variantes de propiedad de la tierra, marcan las características más definitorias de la política indígena en Colombia.

Aún más, el Decreto 1741 establece que la implementación de esta política se realizará a través de la División de Operaciones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno en coordinación con otras agencias del sector público y privado.

Las principales tareas que se realizan son:

a) Protección del uso de la tierra y propiedad en las áreas de reservaciones o de asentamientos de indígenas;

111/ Cf. Decreto 1741. Ministerio de Gobierno de Colombia. 1973. art. 1°.

- b) Entrenamiento para el uso correcto de los recursos naturales y prácticas de conservación;
- c) Entrenamiento sobre prácticas apropiadas de labores y cultivo;
- d) Asistencia social rural;
- g) Establecimiento de cooperativas y otras formas de asociación.

Este mismo decreto 1741 garantiza la facultad de la División de Operaciones para controlar las fundaciones y corporaciones organizadas para el desarrollo indígena. 112/

En materia de protección de las tierras indígenas debe mencionarse la Ley que crea el Departamento Administrativo de Desarrollo de la Comunidad y Asuntos Indígenas de Colombia, que en su artículo 3° expresa:

- " b) Promover el bienestar de las comunidades indígenas, proporcionándoles los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades materiales sin volver sus tradiciones y cultura;
- c) Velar por la integridad física de los indígenas y por el cumplimiento de las normas protectoras de sus derechos;

112/ Cf. Cecilia Medina. op.cit. pp. 25-26. Véase, además, Ignacio Torres Giraldo. (1975). En Brasil, la Constitución de 24 de enero de 1967, establece: "... la nacionalidad, la ciudadanía y la naturalización; la incorporación de los aborígenes residentes en la selva en la comunidad nacional".

d) Velar por la integridad de los resguardos indígenas y de las reservas territoriales constituidas en su favor, y promover la constitución de aquellos que se consideren necesarios para los objetivos de la política gubernamental en estos asuntos;

f) Certificar acerca de la existencia de resguardos, reservas y comunidades indígenas, así como de la personería jurídica y la presentación legal de éstas. 113/

Finalmente, el Estatuto Nacional Indígena establece una normatividad más precisa en materia de propiedad:

"Art. 10. Los resguardos y reservas territoriales indígenas serán inalienables e imprescriptibles. Para su enajenación, división o incorporación total o parcial al régimen ordinario de propiedad se requiere autorización del Gobierno Nacional".

El Estatuto presume la calidad de propietarios de las comunidades en las reservas territoriales indígenas (art. 11). Aún más, dentro de las facultades otorgadas al presidente de la República se señala (art. 12. Estatuto Nacional Indigenista):

" d) Expedir el Estatuto Nacional Indígena con normas atinentes a las siguientes materias:

1. Régimen especial de propiedad, posesión y tenencia de los bienes y de explotación de los recursos naturales, así como defensa

113/ Cf. Colombia. Ley por la cual se crea el Departamento Administrativo de Desarrollo de la Comunidad y Asuntos Indígenas de Colombia. Anuario Indigenista. Vol. XXXIX. Diciembre. 1979.

de los mismos, teniendo en cuenta las modalidades propias de cada comunidad.

2. Régimen especial referente a asuntos penales, policíacos, administrativos, civiles, laborales y fiscales, que deba aplicarse a los grupos o comunidades indígenas.

3. Medidas necesarias para la defensa del patrimonio arqueológico, cultural y artístico.

4. Reconocimiento y regulación de las facultades que ejercen las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas.

Por último, el Concordato de 12 de julio de 1973, 114/ derogó el Convenio sobre Misiones de 1953, y estableció que el Estado Colombiano garantiza a la Iglesia Católica "y a quienes a ella pertenecen el pleno goce de sus derechos religiosos, sin perjuicio de la justa libertad religiosa de las demás confesiones y de sus miembros, lo mismo que de todo ciudadano". 115/

El Informe del Relator Especial, en materia de propiedad de la tierra indígena en Colombia, destacó:

1. El Informe del Gobierno de Colombia de 1974 describe la situación actual del indígena en las siguientes palabras:

114/ Vd. El canje de ratificaciones es de 2 de julio de 1975. El Decreto 2768, de 17 de diciembre de 1975, reglamenta la celebración de contratos entre el Gobierno Nacional y la Iglesia Católica.

115/ Cf. Javier Henao Hidrón. (1977), pág. 155.

"El indígena es, hoy como ayer, un explotado. Los métodos de explotación han variado tan poco como las costumbres, hábitos y creencias del indígena. Sin embargo, hay algo que cambia: su territorio. Presionados por el colono, que no pocas veces se apoya en el cura y el cabo, los indios han tenido que huir de su tierra penosamente arrebatada, hacia nuevas fronteras". 116/

2. "La Ley No. 89 establece que toda "parcialidad", reducida o no a la vida civil, no se regirá por la legislación general del país, sino por un cabildo nombrado por los indígenas, de acuerdo con sus costumbres", otorgándole al Cabildo la facultad de promover la rescisión de ventas de tierras, nulidad de contratos hipotecarios de tierras de resguardo "y de cualquier otra transacción que resultase perjudicial para la comunidad". 117/

La Sentencia de la Corte Suprema de Colombia, de 5 de diciembre de 1921, declaró: "Los resguardos de los indígenas no han pertenecido a la nación ni han sido baldíos en Colombia; ninguna ley lo ha dicho. Ellos han pertenecido a los indígenas desde la época de la Colonia, y en caso de abandono, a los municipios".

116/ Cf. Martínez Cobo, op.cit. pág. 24. Subrayado nuestro.

117/ Ibid. pág. 78. La Ley No. 19 dispone que la división de las tierras de resguardo deben efectuarlas comisiones especiales costeadas por el Estado y nombradas por cada Gobernación. Una vez producida la división los indígenas pasan a la condición común de nacionales colombianos, "en cuanto a las personas y en cuanto a los bienes" (art. 29).

La división de los resguardos es autorizada por decisión del Supremo Tribunal Colombiano (19 de noviembre de 1928): "La República de Colombia ... reconoció las asignaciones de tierras llamadas resguardos, hechas a las parcialidades indígenas por leyes españolas, pero sometiéndolas desde entonces, por altas consideraciones de orden social, a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto que el dominio y posesión comunes se mudaran, cuando las circunstancias lo permitieran, en el dominio de las familias o de los individuos por la asignación de sus parcelas".

3. El Informe destaca el problema de la insuficiencia de tierras de ciertas parcialidades indígenas:

"Ley 135 de 13 de diciembre de 1961 sobre reforma agraria.

Artículo 94. El Instituto estudiará las secciones de negocios indígenas de los Departamentos, la situación en que desde el punto de vista de las tierras laborales se encuentren las parcialidades indígenas; cooperará en las redistribuciones de que trata el literal g) del artículo 3° de la ley 81 de 1958 y, si hallare que esta medida no puede solucionar la situación de parcialidades de extensión insuficiente, efectuará las gestiones necesarias para dotar a éstas de superficies adicionales o facilitar el establecimiento de la población excedente", 118/

Comentario crítico al régimen de propiedad de la tierra indígena en Colombia

1. En lo que respecta a la Constitución, amén de lo dicho, queremos enfatizar el carácter ambiguo del artículo 30 Constitucional, en tanto consagra la propiedad-función social, producto de la reforma de 1936, y el concepto tradicional de propiedad. 119/

2. Nos merece reparos el régimen de Concordato por la pérdida de soberanía del estado (como titular jurídico, en última instancia) de las tierras indígenas.

La historia de los sucesivos Concordatos acordados en Colombia demuestra que no se han obtenido los propósitos perseguidos: elevación del nivel de vida, asistencia, etcétera.

Por otra parte, el sistema de Concordatos, que le otorga un carácter peculiar a la legislación colombiana, entra en contradicción con la tuición ejercida por el Estado, a través del Consejo Nacional de Política Indígena, del régimen de propiedad indígena.

Es más, en el nuevo Concordato (1974) ratificado con el Vaticano en 1975, se establece un "régimen canónico especial" sobre los

119/ Vd. Por concepto tradicional de propiedad entendemos el que establece las características de libre, absoluta y perpetua tal como estaba consagrada en el Código Napoleónico de 1804. Véase, Luis Días Müller, (1972).

territorios indígenas, sin que se aclare en qué consiste este tratamiento jurídico particular.

Asimismo, el Concordato dispone que "una Comisión Permanente integrada por funcionarios designados por el Gobierno Nacional y prelados elegidos por la Conferencia Episcopal, reglamentada de común acuerdo, programará y vigilará el desarrollo progresivo de los planes que se adopten". 120/

Sin entrar en la discusión sobre la potestad del Estado para delegar su soberanía en materia de política indígena en la Iglesia (o cualquier otro Organismo), como la de conducir sus relaciones exteriores vía Concordato, nos aparece que este tipo de tratamiento jurídico particular, paternalista y de escaso respeto al principio de autodeterminación de los grupos indígenas, no resulta ser la solución requerida para garantizar el pluralismo cultural (y religioso), como el desarrollo integral de las comunidades, en los términos planteados en los Pactos Internacionales de 1966 sobre autodeterminación.

120/ Cf. Artículo 6° del Concordato de 1974. Véase, A. Holguín. "Política Indigenista y Concordato", Revista Cámara de Comercio de Bogotá, Septiembre, 1975, pp. 135-140. El Decreto 1520 de 25 de julio de 1975 creó una Comisión Permanente del Concordato, conforme a sus arts. 6 y 13, destinada a la puesta en funcionamiento de este Convenio e integrada por tres funcionarios del Gobierno Nacional y por tres Prelados elegidos por la Conferencia Episcopal. Cf. República de Colombia. Ministerio de Gobierno. (1983). págs. 123 y ss.

3. La pérdida creciente de las tierras indígenas demuestra que los cuatro sistemas de propiedad indígena no han obtenido buenos resultados: resguardos, zonas de reserva, propiedades privadas y zonas administradas por la Iglesia.

Quizá, debiera insistirse en el régimen de "cooperativas de producción", ya contemplado en la ley; como, asimismo, en el sistema de recuperación de tierras para comunidades de insuficiente extensión, que se señalan en la ley 135 (1961) y ley 81 (1958).

4. Tampoco aparece clara una definición oficial sobre el sistema de organización interna de la propiedad de la tierra.

La institución del Cabildo, con cierta vocación autogestionaria y de base, se ha visto sobrepasada por la hegemonía que ejercen los aparatos gubernamentales sobre las comunidades indígenas.

Tampoco es clara la organización comunitaria de la tierra, y la misma división en indígenas "incorporados" y "no incorporados" a la vida civilizada, en nada favorece un esquema moderno de promoción y protección de los indígenas y sus tierras.

5. Por último, queremos referirnos a la falta de participación de las comunidades indígenas en la formulación de las políticas que les afectan.

Se ha dicho anteriormente que los centros de decisión en esta materia son los organismos gubernamentales, con su secuela burocrática; y la Iglesia, para el caso de las tierras asignadas al sistema de misiones.

Esta misma falta de participación, a pesar de lo estipulado en el artículo 4 de la ley sobre desarrollo de la Comunidad y Asuntos Indígenas, nos refiere a la escasa protección estatal de las tierras indígenas (art. 5°) y la protección de su integridad territorial.

3.5 Ecuador. La propiedad de las tierras indígenas

La Constitución del Ecuador, de 15 de enero de 1978, ^{121/} establece la vigencia de los derechos fundamentales del hombre (art. 2) y el respeto a los principios del derecho internacional (art. 3) como lo habíamos observado en el análisis de las Constituciones Políticas.

El art. 45 reconoce la economía de mercado. La economía ecuatoriana funciona a través de cuatro sectores básicos: el sector público, el sector de economía mixta, el sector comunitario o de autogestión y el sector privado (art. 46).

La Sección III trata De la Propiedad.

^{121/} Vd. Aprobada por referéndum de 15 de enero de 1978 y publicada en el Diario Oficial de 27 de marzo de 1979.

El art. 48 establece la función-social de la propiedad como principio-rector en esta materia:

"La propiedad en cualquiera de sus formas, inclusive la privada, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de la economía cuando cumpla su función social. Esta, debe traducirse en una elevación y redistribución del ingreso, que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo".

En relación directa con el art. 48 Constitucional se encuentra el art. 51 que garantiza la propiedad de la tierra y proscrib el latifundio:

"El Estado garantiza la propiedad de la tierra, directa y eficazmente trabajada por su propietario. Debe crear la conveniente infraestructura para el fomento de la producción agropecuaria y estimular a la empresa agrícola.

La política del Estado, en cuanto a reforma agraria y a la estructura de la propiedad en el sector rural, tiene como objetivos el desarrollo económico, la elevación del nivel de vida y la redistribución de la riqueza y de los ingresos.

Se proscrib el acaparamiento de la tierra y el latifundio. Se propenderá a la integración de unidades de producción y a concentrarlas mediante la eliminación del minifundio. Se estimula la producción comunitaria y corporativa.

Asimismo, se organiza y fomenta la colonización, para ampliar la frontera agrícola y obtener el reasentamiento equilibrado de la población en el territorio nacional".

El Texto Constitucional del Ecuador nos permite enfatizar algunos aspectos importantes relacionados con la propiedad de la tierra, si bien no se hace una mención específica a la propiedad indígena:

1. La existencia de cuatro sectores de la economía, lo que permite diversas modalidades de organización de la producción.
2. La función social de la propiedad.
3. La garantía estatal de la propiedad de la tierra.
4. El estímulo a la producción comunitaria y cooperativa.
5. El fomento a la colonización, con dos finalidades: ampliar la frontera agrícola y obtener el reasentamiento equilibrado de la población.

La legislación particular sobre propiedad de la tierra indígena está contemplada en el Decreto Supremo No. 23 que constituye el Estatuto Jurídico de las Comunidades Indígenas, de 7 de diciembre de 1937. 122/

122/ Vd. Reformado por; Decreto Supremo No. 679 (30 de marzo de 1965); Ley de Aguas (30 de mayo de 1972); Ley de Reforma Agraria (9 de octubre de 1973); Decreto Supremo No. 462 (2 de mayo de 1974); reforma a la ley de Comunas por Decreto Supremo No. 1088 (24 de diciembre de 1975).

El Decreto No. 23 establece en su artículo 3°:

"El Estado, por medio del Ministerio de Agricultura y Ganadería, determinará los sectores territoriales y destinados para el establecimiento y desarrollo de las poblaciones aborígenes, con miras a salvaguardar su cultura y promover su plena incorporación a la vida nacional".

A la enorme ambigüedad de la legislación ecuatoriana, debe agregarse, en el caso del art. 4° su contradicción intrínseca: se señala la necesidad de salvaguardar la cultura de las poblaciones aborígenes; y, al mismo tiempo, la promoción de su incorporación a la vida nacional.

Asimismo, el art. 4° del decreto en estudio reconoce como principios básicos de la colonización: a) el respeto a la libertad individual; b) la asociación voluntaria; c) la tutela de los derechos adquiridos; d) la exclusión de cualquier sistema de explotación del hombre. 123/

La ley de Comunas de 1937 pretendía rescatar los derechos fundamentales de los indígenas. Las Comunas dependen administrativamente del Ministerio de Agricultura y Ganadería. De acuerdo con el art. 7° se señala que el uso y goce de los bienes colectivos se

123/ Vd. Ley de Colonización de la Región Amazónica. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Ecuador. 1981.

"adecuarán, en cada caso, a la mejor conveniencia de cada uno de ellos, mediante la reglamentación que se dicte, libremente para su administración". 124/

El principal problema presentado a propósito de la aplicación de la Ley de Comunas se relaciona con el concepto de "tierra de reserva". En efecto, en este caso de una legislación particular de propiedad de la tierra, en forma comunitaria, se han utilizado una serie de mecanismos jurídicos destinados a hacer coincidir la "tierra de reserva" con el concepto de "tierras baldías". La existencia de "tierras baldías" supone la falta de títulos de propiedad sobre las mismas; y, sobretodo, la posibilidad de que estas tierras pudieran revertirse al Estado o ser adquiridas por los colonos para su uso y goce: ¿De qué tierra baldía se habla cuando dicha zona es parte de una Comuna jurídicamente organizada y cuyos estatutos están dentro del marco de la ley y han sido reconocidas como tales? 125/

La organización comunal se expresa en el Cabildo. Este posee las siguientes atribuciones:

- a) defender, judicial o extrajudicialmente, la integridad del territorio que pertenezca a la comuna;
- b) velar por la conservación de los bienes en común;

124/ Cf. Marcelo Naranjo. (1979). pp. 235 y ss.

125/ Ibid. pág. 248.

c) facultad para adquirir bienes mediante operaciones comerciales;

d) facultad para contraer obligaciones a plazo como hipotecas de los bienes de la comuna (arts. 17 b, c).

La Ley de Comunas de 1937 y el Estatuto Jurídico de las Comunidades de este mismo año, conjuntamente con la ley de Reforma Agraria de 1964, se plantearon la abolición del huasipungo. La ley de Reforma Agraria (decreto 1480, de 11 de julio de 1964) establecía como límite máximo del tamaño de las propiedades hasta una superficie de 2.500 hectáreas en la costa más 1.000 hectáreas de sabanas y pastos naturales, 800 hectáreas en la sierra más 1.000 hectáreas de páramos o tierras eriales sin posibilidades de riego con aguas superficiales.

La ley de Reforma Agraria declaró abolidas el huasipungo y la yanapa. 126/

Posteriormente, la ley de Reforma Agraria de 1973 (Decreto No. 1172 de 9 de octubre) extendió y profundizó el proceso de reforma agraria, con el propósito de producir "una redistribución de la propiedad y del ingreso que permite eliminar el latifundio, integrar el minifundio, destruir la rígida estratificación social e incorporar

al proceso de desarrollo a los campesinos marginados". 127/

En conexión con la reforma agraria, se dictó la ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario de 1979 (Decreto No. 3289).

Esta ley estableció tres líneas de colonización:

- 1) De ayuda a la colonización espontánea;
- 2) De ejecución de proyectos específicos de colonización dirigida y semi-dirigida en áreas nuevas;
- 3) El fomento de empresas agroindustriales de gran tamaño.

Nada dice la ley de Reforma Agraria sobre las Comunidades Indígenas. Debemos, pues, retornar al análisis del Estatuto de 1937, que establecía un principio central: Renace la personería jurídica de las comunidades y dispone que se procurará se transformen en cooperativas de producción.

A su vez, la ley de Organización y Régimen de las Comunas (7 de febrero de 1959) estableció un concepto de ésta en su artículo 1°

"Todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia, que exista en la actualidad o que se estableciere en el futuro, y que sea conocido con el nombre de caserío, añejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad, o cualquier otra designación, llevará el

127/ Cf. Organización de Estados Americanos (OEA). (1982). pág. 55. Subrayado nuestro.

nombre de "Comuna", a más del nombre propio en el que haya existido o se fundare". 128/

El artículo 2° del Régimen de Comunas, actualmente derogado, establecía que la Comuna estaba sujeta a la jurisdicción de la parroquia.

Por su parte, el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas (7 de febrero de 1959), de la misma fecha que el Régimen de Comunas, establecía:

1. Que el poder público adoptará las medidas necesarias para transformar a las comunidades en cooperativas de producción (art. 3)
2. Las comunidades se regirán por el Estatuto Jurídico General de las Cooperativas;
3. El Estado hará efectiva la protección y tutela de las comunidades campesinas especialmente por medio del Ministro de Previsión Social (art. 7).

El Decreto No. 679 (30 de marzo de 1965) completó el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas de 1959, en lo relacionado con los juicios que afectan a comunidades campesinas.

El Informe del Relator Especial de la ONU señaló con respecto a la situación de la propiedad indígena en el Ecuador:

128/ Cf. Ley de Organización y Régimen de las Comunas. 7 de febrero de 1959. El art. 5 de la Ley de Comunas establecía que para constituir una Comuna debía existir un número de habitantes (habitual) no menor de cincuenta.

1. "En algunos países no existen disposiciones especiales sobre cooperativas indígenas. Hay sin embargo disposiciones sobre cooperativas que no parecen excluir a las cooperativas indígenas". 129/

2. En el art. 46 de la Constitución se declara que la economía ecuatoriana funciona en base a cuatro sectores. En el Inciso 3° señala que el sector comunitario o de autogestión está integrado por empresas cooperativas, comunales o similares.

3. En su artículo 51, inciso 3, dispone que se estimulará la producción comunitaria y cooperativa. Es todo lo que refiere el Informe del Relator Especial sobre esta materia.

Comentario a la legislación ecuatoriana sobre propiedad de la tierra indígena

1. A decir verdad, como señala un estudio de Gonzalo Rubio Orbe, "la gran mayoría de la población indígena es propietaria de minifundios, con los cuales no pueden absorber la mano de obra y trabajo familiar, menos alcanzar rendimientos que permitan mantener condiciones favorables de subsistencia de las mismas familias; a veces, ni siquiera para una existencia de tipo vegetativo". 130/

129/ Vd. Martínez Cobo. pág. 133.

130/ Vd. Gonzalo Rubio Orbe. (1974). pág. 590.

2. A partir de este diagnóstico, puede afirmarse que la estructura minifundaria es la base del régimen de tenencia de la tierra indígena.

3. El problema de tenencia de la tierra adquiere una importancia de significación. "En la Región de la Sierra, donde habita la mayor parte de la población indígena, se encuentran situaciones extremas como las siguientes: el número de explotaciones censadas, menores de 5 hectáreas, representó el 81.7%; la superficie de éstas apenas significó el 11.4%; en cambio, en el otro polo, en las propiedades de 500 y más hectáreas, el número total de propiedades censadas fue apenas el 0.2%; la superficie era del 48.7%". 131/

4. Los indígenas, que constituyen la tercera parte de la población total del Ecuador, unos 2 millones de personas, se han ubicado en la Costa (capanjas); en las riberas de los ríos como campesinos se encuentran los montubios, y en las caletas del litoral del Pacífico. En estos casos, observamos la ausencia de una legislación real aplicable a la estructura de la propiedad de la tierra.

5. La existencia de la propiedad-función social, sumado al impulso que pudiera otorgarse al sector comunitario de la economía, podría ofrecer posibilidades de resolver la estructura de tenencia y propiedad.

Si bien, la Carta Fundamental nada dice sobre la propiedad indígena, la posibilidad de constituir Cooperativas de Producción podría ser una solución para rescatar y reagrupar las tierras indígenas.

* Conclusiones Preliminares. Notas para un enfoque comparado de la legislación sobre Propiedad de la Tierra Indígena

1. Habíamos establecido la distinción entre: países con tratamiento constitucional de las minorías indígenas (Argentina); con legislación de jerarquía constitucional (Paraguay); y, países con tratamiento constitucional de los Derechos Humanos y legislación particular sobre minorías indígenas (Chile, Colombia, Ecuador y otros), de acuerdo al criterio del rango jurídico en cada país.

2. En materia de propiedad hemos partido del análisis de los Textos Constitucionales. El principio general consagrado en las Constituciones es el concepto de propiedad-función social proveniente de la doctrina "solidarista" encabezada por Leon Duguit, después de la primera postguerra.

3. Salvo el caso de Chile, en que el texto no se pronuncia por un tipo específico de propiedad; Paraguay, que establece la propiedad privada; las legislaciones de Colombia y Ecuador se manifiestan en favor de la propiedad-función social; y, Argentina, en su primera parte (Declaraciones, Derechos y Garantías), consagra la

inviolabilidad de la propiedad (art. 1, 17).

4. La tendencia general de las legislaciones consiste en entregar al Estado, mediante algún órgano administrativo ad hoc, el control de la propiedad indígena.

5. El caso de Colombia es excepcional, en la medida que consagra la figura de los convenios y tierras de misiones, sujetas a administración y tutela de la Iglesia Católica.

6. En general, además, puede observarse una tendencia a consagrar la organización comunitaria de la propiedad en las legislaciones especiales (Ecuador, Colombia, Paraguay); y, en la vida real, una notable preeminencia del minifundio.

7. Otra tendencia observada, que se sugiere estudiar a fondo, consiste en la amplitud y tolerancia de las leyes de colonización. En efecto, se ha podido constatar que este tipo de legislación, históricamente, ha venido acarreado la destrucción de la propiedad indígena, so pretexto del aumento de la productividad y la modernización del país, como lo señalamos en el caso de Paraguay.

8. Se observa, además, la inexistencia de políticas y legislaciones coherentes tendientes a rescatar las tierras de propiedad indígena. En el caso de Chile este problema se ve agravado por el estímulo a la política gubernamental de división de las tierras.

En Ecuador y Colombia, la grave persistencia de la estructura del minifundio, manteniéndose la clasificación en indígenas civilizados y no civilizados o no integrados (Colombia).

9. La carencia de una legislación realmente protectora, con vinculación al esquema general de promoción de los Derechos Humanos, viene contribuyendo al proceso de pérdida progresiva de la tierra indígena, aunada a un desinterés gubernamental por el problema, cuestión que se observa en la mayoría de los países.

Plaza
mientos
pueblos

10. En materia de propiedad, por último, debe enfatizarse que la falta de respeto al principio de autodeterminación interna de las Comunidades (como una legislación adecuada), lo que permite divisiones artificiales de la propiedad indígena; como, asimismo, su relegación en resguardos indígenas, reservas; o simplemente, comunidades "cerradas" que no reciben los beneficios de la modernización científica y tecnológica.

Prds

IV. ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LEGISLACION PENAL

4.1 Nota Introductoria

El problema de la administración de justicia para las minorías indígenas, como su calificación ante la ley penal, plantea uno de los desafíos doctrinarios y prácticos de mayor trascendencia para las legislaciones latinoamericanas.

El primer problema que se plantea en este apartado es el de la existencia o no de una legislación penal particular para las minorías indígenas.

La segunda cuestión, que divide a la doctrina penal, se refiere a la imputabilidad o inimputabilidad del indígena frente a la sanción. En este caso, estamos en presencia de un reto formidable: porque si la comisión de un delito es un proceso sicosocial, entonces puede aducirse irresponsabilidad penal del indígena en cuanto desconoce los resultados de su acción delictiva, situación que viene condicionada por su diferencia cultural, el desconocimiento de la ley y el reconocimiento de su derecho consuetudinario. En fin, prácticas, hábitos y valores distintos a los que el Estado (como depositario de la capacidad de sanción) trata de arrogarse e imponer homogéneamente a todo el estado nacional.

Las legislaciones han adoptado soluciones distintas frente al problema. Trataremos de presentarlas reforzando nuestra opinión con algunas interpretaciones jurisprudenciales, de un problema multidisciplinario que dista de estar resuelto en la doctrina y en las legislaciones latinoamericanas.

4.2 La Administración de Justicia

En términos generales, debemos señalar que nuestras legislaciones admiten el principio de la separación de poderes (Ejecutivo,

Legislativo y Judicial); y a partir de esta distinción, aparece la máquina judicial como un instrumento de administración de justicia. Y así se refleja en nuestras Constituciones Políticas.

Por otra parte, algunos países adoptan la forma unitaria de gobierno; y otros, el régimen federal. Esto tiene más que una importancia formal: porque, como hemos venido observando, no existe en América Latina una coincidencia exacta entre Estado y Nación. De aquí que la mayoría de nuestros países sean Estados "multiformados" o compuestos por una pluralidad de naciones: se trata de estados "pluri-nacionales", lo que dificulta la construcción abstracta de la norma penal, si se quiere respetar el principio de autodeterminación interna de las comunidades, sus costumbres, hábitos y usos propios, lo cual desde luego ni siquiera es el caso en la mayoría de los países.

Todos estos elementos influyen en la administración de justicia, en el principio de separación de poderes, y en el criterio consignado en nuestros Textos Constitucionales de la igualdad ante la ley, ^{132/} como elementos rectores de la aplicación de la ley penal.

En efecto, la doctrina penal latinoamericana ha venido

^{132/} Cf. Igualdad ante la ley: art. 16 Constitución de Argentina; art. 6 de Bolivia; 150 (1) Brasil; 33 en Costa Rica; 10 y 15 de Ecuador, art. 54 de Paraguay; art. 1 en México; 19 en Panamá y art. 23 en Perú.

insistiendo en el criterio civilizatorio o no del indígena para proceder a su sanción; y, en una visión antropológico-jurídica derivada de un enfoque basado en el control social del Estado, sin considerar la enorme variedad de hechos sociales que determinan el pluralismo étnico y cultural de las minorías indígenas.

Estamos en presencia de un orden jurídico, que pretende homogeneizar las conductas e imponer su propia (y única) visión de la realidad social. ^{133/} Así, v.gr., el Código Penal peruano de 1924, distingue entre indígena "salvaje" o "semi-civilizado". Se trata de un régimen penal distinto según el origen étnico-cultural, a partir de una única visión estatal, y de la interpretación propia y particular del juez de lo que debe entenderse por "civilización", y "delito". La Constitución Peruana (art. 33, inciso 1), al igual que la mayoría de las legislaciones, establece la "unidad y exclusividad de la función jurisdiccional". (monopolio de la sanción).

En un estudio de caso realizado en Perú (Corte Superior de Iquitos, Junin, Huánuco, San Martín y Amazonas), entre 1975 y 1979, se establecieron las siguientes conclusiones:

1. Mayor frecuencia de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, que constituyen el 69% de los casos judiciales seguidos contra nativos.

2. Delitos contra el honor sexual: 14%, que sumado a los

^{133/} Cf. Francisco Ballón Aguirre.

anteriores abarca el 83%. 134/

3. El homicidio es la figura delictiva más frecuente, con un porcentaje del 79%: ¿debe existir una legislación particular frente a estos casos?; ¿es imputable, sujeto y responsable del delito, el indígena que cometió el hecho?

La primera cuestión, como se señalaba, se refiere al mecanismo de administración de justicia en el caso de indígenas. La tendencia general ha sido declarar la igualdad, la "ciudadanía" del indígena frente a la legislación; y, en algunos casos (Colombia, Ecuador) establecer el criterio de responsabilidad de acuerdo al grado de civilización: indígenas "incorporados" o no a la vida civilizada. 135/

En Colombia, por ejemplo, el artículo 1° de la ley número 89 (1890) dispone que "la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones". El art. 2° dispone que las comunidades indígenas reducidas a la vida civil pero que viven en "resguardos" tampoco se regirán por las leyes generales de la República y en tal virtud se gobernarán por disposiciones especiales. En su Memoria a la OIT de 1971, el Gobierno declaraba que en la práctica los jueces aplican a los indígenas la legislación general, aunque con atenuantes en las causas penales.

134/ Cf. Ibidem. pág. 149.

135/ Cf. Francisco Ballón. (1977). pág. 149.

En materia de administración de justicia y sistemas administrativos aplicables podemos señalar cuatro tipos:

a) Aquellos países en que el control o la realización de las actividades relacionadas con la población indígena recae en organismos estatales.

En este caso, se encuentra Brasil, a través del FUNAI, dependiente del Ministerio del Interior, que administra la tutela de los indios, asume completa responsabilidad por ellos según la ley y gobierna todos los aspectos de su vida.

Tal es el caso de Costa Rica, a través de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), en virtud de la ley 5251 de 1953; el Perú, con el Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social (SINAMOS), por decreto-legislativo 18896 de 1971.

b) Países en que existen Organismos Centrales sobre Indígenas con funciones reducidas.

En esta segunda clasificación, se encuentra el Paraguay, a través del Instituto Nacional del Indígena (INDI), con facultades para supervigilar, dirigir y coordinar todos los programas elaborados por organismos oficiales, religiosos y privados en beneficio de las poblaciones indígenas. Así como aprobar la puesta en práctica, modificación y continuación de la política indigenista. ^{136/}

En Paraguay, existe, además, la Asociación Indigenista del Paraguay (AIP), semi-oficial, órgano consultivo sobre política indigenista y que administra tierras en nombre de ciertos grupos indígenas.

c) Países con órganos centrales coordinadores de las actividades indígenas.

En Panamá, con la Dirección de Gobiernos Locales y Asuntos Indigenistas dependiente del Ministerio de Gobierno y Justicia. Tiene como funciones principales: coordinar las diferentes normas y programas referentes a los indios y de servir de nexo de unión entre las poblaciones y el gobierno central.

En esta misma categoría, se ubica el Servicio Nacional de Asuntos Indígenas de la Argentina, que depende del Ministerio de Bienestar Social, y que actúa como "cámara de compensación" de financiamiento de proyectos.

En Colombia, las funciones de coordinación radican en el Ministerio de Gobierno. Por decreto No. 062 de 1976 fue establecido un servicio de inspección para poblaciones indígenas, y el Ministerio cuenta, además, con un Órgano Consultivo: el Consejo Nacional de Política Indigenista. La diferencia fundamental entre Colombia, Panamá y Argentina reside en que en el primero existe delegación de autoridad civil, penal, judicial y administrativa del

Gobierno a las misiones religiosas. (Concordato de 1974).

d) Países con entidades privadas a cargo de los asuntos indígenas, con inexistencia de organismos, o con funciones mixtas.

En Chile, desapareció la Dirección de Asuntos Indígenas. Esta materia quedó a cargo del Instituto de Desarrollo Agropecuario. En Paraguay, las Asociaciones Privadas gozan de importancia (función mixta). En Argentina, prácticamente, no existe un órgano coordinador de los asuntos indígenas.

4.3 La doctrina y la ley penal

La responsabilidad penal del indígena se plantea en torno a dos grandes corrientes doctrinarias:

a) En primer lugar, lo que llamaríamos el criterio de la igualdad formal ante la ley, sostenida por los juristas mexicanos, que señalan que "debe ser mantenido a toda costa el principio de que la ley Penal rige en forma igual para todos los individuos". ^{137/}

Fundamentando esta corriente de la igualdad, José Angel Cenicerros argumenta que la idea de dictar normas jurídicas diferentes

^{137/} Cf. Carlos Franco, Raúl Carranca y Trujillo, Javier Piña y Palacios y Angel Cenicerros. (1940). También Raúl Calvimontes y Núñez del Prado. (1955).

para seres racionalmente heterogéneos, culturalmente diversos y afectados por situaciones sociales de gran desigualdad es simplista, y "pugna abiertamente con los principios y sentimientos democráticos de igualdad"; 138/

b) El criterio de la diversidad legal

Esta opinión sostiene que "el indígena vive en América al margen de las actividades sociales y políticas, no ejercita los derechos que las leyes conceden a todos los ciudadanos y ni siquiera habla el mismo idioma oficial, ni lo comprende; su posición es muy distinta a la del blanco y el mestizo; no participa de los beneficios de la civilización; es un inadaptado a todos los artificios de la sociedad actual porque adolece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta, inconsciente", 139/

En esta misma corriente, aunque por diferentes razones y argumentos, se encuentra don Luis Jiménez de Asúa, el jurista boliviano Raúl Calvimontes, y el tratadista español Manuel López Rey, entre otros.

Los principales argumentos esgrimidos para fundamentar un tratamiento jurídico-penal particular respecto de los indígenas son:

138/ Cf. Raúl Carranca y Trujillo, (1941).

139/ Cf. José Medrano Ossio, (1941), Subrayado nuestro.

1. En primer lugar, se señala la antigüedad de nuestros Códigos Penales, "en su mayoría redactados en el siglo pasado e inspirados en formas de vida y concepciones filosóficas fijas del liberalismo individualista y, por lo tanto, de soluciones lógico-abstractas generales, que no tienen en cuenta a estos millones de seres que han vivido y viven al margen de la vida jurídico-cultural de los pueblos". 140/

2. Manuel López Rey invoca dos conceptos frecuentemente confundidos: igualdad e identidad.

La igualdad representa "algo de índole político y tiende a establecer el principio de que todos son iguales ante la ley. El segundo, implica el que, partiendo de esa igualdad política, cada uno reciba en lo penal un tratamiento de acuerdo a su personalidad ... el primero es un principio general, el segundo supone un tratamiento particular que parte de ese principio de igualdad". 141/

3. Raúl Calvimontes postula dos grandes divisiones entre la población indígena para los efectos de estudiar su situación penal:

a) indios selváticos y en estado de salvajismo, a los cuales no podría aplicarse el derecho penal dominante por su total ignorancia del ordenamiento jurídico;

140/ Cf. R. Calvimontes, op.cit. pág. 52.

141/ Cf. José Medrano Ossio, op.cit. pág. 55. Subrayado nuestro.

b) indios incorporados o adheridos a la civilización. 142/

4. La doctrina predominante propicia que en la Ley Penal General deben existir preceptos especiales destinados a considerar las características particulares de los indígenas, "pero que no van hasta el punto de aceptar un régimen jurídico completo destinado especialmente a ellos...". 143/

5. Otros autores postulan la declaración de inimputabilidad del indígena.

6. Para otros, 144/ debe ser examinada la personalidad del delincuente para lograr una mejor individualización de la pena.

7. Otra variante de la anterior, ubica el problema dentro de los variados campos de la doctrina penal de la culpa. 145/

142/ Cf. R. Calvimontes. pág. 55.

143/ Cf. Ibidem. pág. 57.

144/ Cf. Luis A. Bramont Arias. (1966).

145/ Cf. R. Calvimontes. op.cit. pág. 57. En Bolivia, el Código Penal (6 de agosto de 1973) declara en su artículo 17, numeral 5: "Son inimputables: 5) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización". En Costa Rica, el Código Penal establece un título especial para los delitos contra los derechos humanos. (Título XVII). El artículo 371 dispone: "Será sancionado con veinte a sesenta días de multa, la persona, el gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones raciales, de sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, origen social o situación económica".

8. El criterio de inimputabilidad del indígena por razones de incapacidad. El tratadista brasileño Aníbal Bonno, señala: "los salvajes no adaptados a la vida social de nuestro nivel, a las normas complejas que la regulan y a los criterios de valor de nuestros juicios, deben ser asimilados, desde el punto de vista de la imputabilidad penal a la categoría de los sordomudos, pues aunque no haya allí nada de teratológico o patológico, su condición los coloca en situación de incapacidad de entendimiento y orientación volitiva en la calidad y el grado exigidos por el código". 146/

9. Alfonso Reyes Echandía, colombiano, durante la discusión del proyecto de Código Penal de Colombia, señaló que los indígenas no civilizados adolecen de una "inmadurez sicosocial" que los hace incapaces ante la ley penal.

10. La Corte Suprema de Justicia de Colombia sustrae al indígena de la jurisdicción ordinaria: "siendo la actividad psicofísica del agente fundamento de su responsabilidad y estando los indígenas en condiciones de desplegar una tal actividad, no puede menos que concluirse que son aptos para realizar conductos típicos y antijurídicos de las que penalmente deben responder".

Y más adelante expresa, para justificar el criterio, de la inimputabilidad: "la tesis de que los indígenas no conviven culturalmente

con los colombianos civilizados solo sirve para destacar un interesante aspecto sicosocial que permite calificarlos de... inimputables". 147/

11. En fin, otros autores argumentan la exclusión de responsabilidad, como error de comprensión culturalmente condicionada. 148/

La jurisprudencia sobre delitos cometidos por indígenas ha sido escasa y contradictoria.

Algunas fallas que podemos citar destacan la necesidad de una legislación especial para las minorías indígenas. Por ejemplo, el artículo 2° de la ley 89 de 1890 en Colombia, dispone que las comunidades indígenas reducidas a la vida civil pero que vivan en "resguardos" no se regirán por las leyes generales de la República. En 1967, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la delegación de la administración de las comunidades indígenas en la Iglesia Católica.

Esta misma Corte (1970) declaró, en el caso del homicidio de un brujo que no debería aplicarse a los indígenas no integrados a la civilización, la legislación penal. Se trata del caso de

147/ Cf. Ibidem. pág. 62.

148/ Vd. Entre muchos, véase, José Rafael Mendoza. (1971); José Ceniceros. (1945); Sebastián Soler. (1956); Eduardo Novoa Monreal. (1960); Eugenio Raúl Zaffaroni. (1977); Alfonso E. Reyes. (1979), entre otros.

homicidio del hechicero Francisco González (Colombia, departamento de Meta). El más alto Tribunal de la República en ese país, conoció de la causa a través de un recurso interpuesto por la Fiscalía del Tribunal (una vez dictadas las Sentencias de Primera y Segunda Instancia), con la finalidad de que se declare la nulidad del proceso por incompetencia de la jurisdicción ordinaria. Si bien, el Código Penal Colombiano no prevé categorías jurídicas ni mentales para confrontar la situación de los indígenas, ^{149/} deben considerarse sus características sico-sociales en la dictación de la sentencia.

En opinión de la Corte Suprema de Colombia, la ley 89 de 1890 establece un régimen de excepción para los indígenas, y considera que solamente los indígenas civilizados están sometidos a la ley penal.

La Sentencia declara:

"1. Primero. Los salvajes no son retrasados mentales por el solo hecho de su estado. Si lo fueran, no le serían aplicables las disposiciones de la legislación ordinaria de la República, de los que fueron excluidos por el artículo 1° de la ley 89 de 1890, consagratorio de un régimen exceptivo especialísimo...". ^{150/} Esta

^{149/} Cf. Gladys Irureta. op.cit. pág. 74.

^{150/} Ibid. pág. 75.

conclusión del Alto Tribunal no puede ser obstaculizada por el principio de la igualdad ante la ley: ya que éste "no se opone contradictoriamente a la existencia de un régimen de carácter favorable y específico, no discriminatorio... ni podrá oponerse, puesto que la ley 89 de 1890 forma parte de la legislación de la República; solo que es de condición excepcional...". ^{151/} En suma; en Colombia, la legislación penal no es aplicable a los indígenas no integrados a la civilización, en estado "salvaje" o "semi-salvaje" de acuerdo a la clasificación citada al inicio de este trabajo.

En Paraguay, la situación penal del indígena, debe estudiarse a partir del artículo 8° de la Constitución Nacional, que establece que los Convenios (se refiere al No. 107 de la OIT), tratados, y demás acuerdos internacionales, ratificados y canjeados, tienen prelación con relación a las leyes. El Convenio No. 107 fue ratificado y canjeado por Paraguay y promulgado como ley No. 63 de 1968.

El artículo 8° del Convenio establece: "En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país:

a) Los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizadas, en todo lo posible, para la

^{151/} Ibidem. pág. 75. Subrayado nuestro.

represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones;

b) Cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal".

Se reconocen, pues, dos criterios principales de sanción: los mecanismos propios de las comunidades, y la utilización de la costumbre como fuente del Derecho Penal Paraguayo. 152/

Asimismo, y en correspondencia con lo anterior, el artículo 10, inciso 1º, dispone: "Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que los ampare contra todo costo que viole sus derechos fundamentales". El inciso 2º del art. 10 del Convenio dispone que al imponerse penas contempladas en la legislación general se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

El Código Penal, en su capítulo III, se ocupa de las causas de irresponsabilidad y de justificación. El principio general (a

152/ Cf. Modesto Elizeche Almeida, (1982), pp. 141-200.

diferencia de la situación excepcional prevista en la legislación colombiana) establece que: es responsable el sujeto que ha cometido un hecho previsto por la ley y penado por ella.

Con todo, el artículo 21, inciso 1° del Código Penal establece un principio fundamental en materia de protección de los indígenas cuando dice: "Está exento de pena el que comete un delito por ignorancia de hecho insuperable y no imputable al agente". Estamos en presencia, de la cuestión tan debatida en la doctrina, acerca de la inimputabilidad del indígena. 153/

La ignorancia de derecho está contemplada en el artículo 17 del Código Penal: "La criminalidad de una acción punible no puede destruirse por la creencia que hubiese tenido el culpable de que el hecho prohibido por la ley, fuese permitido por la conciencia o la religión, ni por el error o ignorancia de las disposiciones legales, de la clase y gravedad de las penas". La Corte Suprema del Paraguay, sin embargo, señaló que la ignorancia supina del derecho no es excusa absolutoria, señalando que este argumento es contrario a la Constitución.

153/ Cf. Por ignorancia insuperable se entiende: "la carencia de toda noción sobre la existencia de una ley o de un hecho, ignorancia no imputable al agente, aquella en que el agente, se encuentra a pesar de la buena fe y de haber procedido con la debida diligencia para no incurrir en ella". Elizeche. citado. pág. 153. Estimamos que estamos en presencia de una ignorancia de hecho.

Aún más, el art. 30, inciso 17, del Código Penal al tratar las circunstancias atenuantes se refiere a la ignorancia supina pero no insuperable. Se afirma que la presunción legal (absoluta) de que nadie ignora la ley no es más que una ficción legal: ¿Es posible pensar que un indígena, ajeno a la "civilización", pueda conocer los Códigos?

Por último, en el caso de Paraguay, el Estatuto de las Comunidades Indígenas se refiere a este problema en dos artículos. El artículo 5°: "Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios de orden público". ^{154/} Además, el artículo 6° de la ley 904 sobre Comunidades trata sobre la aplicación del derecho consuetudinario en procesos indígenas: "En los procesos que atañen a indígenas, los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a otros especialistas en la materia...".

En conclusión, el tratamiento penal del indígena en Paraguay excluye la aplicación de un régimen particular de excepción, si bien se consideran circunstancias atenuantes, el beneficio de la duda (IN DUBIO PRO REO), y las circunstancias sociales. Con todo, creen

^{154/} Cf. Establecido en el art. 8° del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (1957).

que la ficción jurídica de la igualdad ante la ley penal, es muy difícil de sostener en situaciones socio-culturales tan especiales y desiguales como es la relación de las comunidades ante la Ley. ^{155/}

En Ecuador, se establece el principio de la igualdad ante la ley en la Constitución. Es importante destacar el Título II: "De los delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial", establecido por reforma de 8 de febrero de 1979, si bien no existe mención expresa ni tratamiento particular en materia de minorías indígenas.

Sobre este particular, la reforma de 1979 agregó un capítulo destinado a sancionar los delitos relativos a la discriminación racial:

"Art. ... Será sancionado con prisión de seis meses a tres años:

1. El que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o el odio racial;

2. El que iniciare, en cualquier forma, a la discriminación racial;

^{155/} Cf. Para esta discusión, véase: Manuel López Rey. (1978). El Código Penal de Nicaragua (decreto No. 297 de 1974) establecía el delito de genocidio: "el que realice actos o dicte medidas tendientes a destruir total o parcialmente un grupo étnico o religioso". En México, el art. 149 bis establece este mismo delito: "Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales de carácter étnico, racial o religioso...".

3. El que realizare actos de violencia o incitare a cometerlos contra cualquier raza, persona o grupo de personas de cualquier color u origen étnico; y,

4. El que financiare, asistiere o ayudare cualquier clase de actividades racistas.

Además, el artículo 35 del Código Penal Ecuatoriano, permite atenuar la pena al que tiene disminuída la capacidad de entender o de querer. ^{156/} Asimismo, el artículo 29, No. 8, declara como atenuante a la "rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia", ^{157/}

La legislación ecuatoriana se rige por los principios generales sin establecer un tratamiento jurídico particular o discriminatorio respecto de los indígenas. En realidad, en este caso, nos encontramos ante un tipo de normatividad que evite disposiciones protectoras, consagrando tan solo el principio de la igualdad jurídico-formal.

En Venezuela, el Código Penal de 1967 (art. 16) expresa: "El Tribunal podrá declarar inimputable al indígena que cometa un hecho calificado de punible, teniendo en cuenta su incapacidad de comprender la ilicitud de su acto o de obrar conforme a las normas de derecho".

^{156/} Cf. Código Penal del Ecuador, de 22 de marzo de 1983.

^{157/} Cf. En perspectiva latinoamericana, véase: Comité de Juristas. "Código Penal Tipo para Latinoamérica". (1973).

En Argentina, en cambio, si bien no existe un régimen jurídico particular sobre la condición del indígena; la jurisprudencia se ha pronunciado reconociendo su situación de marginación.

En un proceso penal argentino se estableció que hay "co-comunidades indígenas" que pese a haber sido incorporados al "medio civilizado" no se han adaptado a éste, pasando a integrar un grupo socio-cultural menos uniforme, en crisis de valores y disgregación de los valores tradicionales.

El perito designado por el tribunal informa a éste que el inculpado, un indígena matakó de la Región del Chaco, pese a ser un ciudadano pleno ante la ley, está marginado en su incorporación a la cultura occidental y sometido a un bloqueo cultural, que le impide el logro completo de un desarrollo mental a la manera occidental, "pues sin un grado avanzado de educación resulta imposible aplicar nuestra escala de valores, si es que un cambio en esta dirección pudiere resultar más beneficioso para ellos desde su propio punto de vista". 158/

El Informe de homicidio citado señala que el infanticidio es un caso común dentro de estos indígenas que lo practican en términos de su propia cultura, 159/ en que el inculpado explica que lo

158/ Vd. Miguel H. González. (1968). pp. 907 y ss.

159/ Cf. G. Irureta. op.cit. pág. 83. No se cuenta con información sobre el contenido de la sentencia.

hizo "porque sus entradas no le alcanzaban, porque no tenía cómo comprarle leche y porque lo poco que ganaba debía destinarlo a alimentar a sus otros niños". 160/

En Chile, el caso del proceso seguido contra la indígena Juana Catrilaf Calfiñanco, de 4 de julio de 1953, ha permitido establecer los criterios imperantes en ese país, situación doctrinaria que se ha mantenido con avances y retrocesos.

En efecto, el artículo 10, No. 9 del Código Penal de Chile establece la causa de exención de responsabilidad penal, en el caso del que obra movido por "miedo insuperable" o impulsado por una "fuerza irresistible".

En el caso en cuestión, se trata del homicidio de la abuela de la inculpada, de profesión machi (bruja), y para determinar la responsabilidad penal se solicitó un informe de tres peritos indigenistas. "El informe de los indigenistas constituye un estudio acabado de las creencias araucanas en materia de brujería y sus principales consideraciones son las siguientes: a) la creencia en el poder mágico y maléfico del curandero, que al mismo tiempo es hechicero y brujo; b) la brujería aparece en el Antiguo Testamento; c) los investigadores especializados han verificado que la creencia en la bruja maléfica existía entre los indígenas araucanos; d) para

160/ Ibidem. pág. 82. Véase, Código Penal Argentino de 30 de septiembre de 1921.

el indígena que participa de estas creencias, ellas se convierten en realidades poderosas y los determinan, en defensa propia y de su comunidad: 161/ La acusada es analfabeta y de nivel cultural muy bajo.

La sentencia dictada por la Juez Subrogante del Segundo Juzgado de Letras de Valdivia (Chile) absolvió a la acusada basada en las circunstancias socio-culturales relatadas brevemente.

En suma: en el caso de Chile, a través del fallo que hemos seleccionado, estamos en presencia de una legislación general, con responsabilidad atenuada en casos específicos, contándose con importantes avances tendientes a establecer las relaciones sico-sociales de la comisión del delito.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia (14 de marzo de 1960) declaró: "El indígena no es un frenastecido, ni un imbécil, ni un perturbado mental, aquejado de morbosidad, sino la persona a quien el grado incipiente de cultura social le impide comprender, en el momento de la ejecución del hecho, la ilicitud de sus acciones, y arreglarlas conforme a los valores exigentes que gobiernan la vida de los pueblos civilizados". (Invalidación de la Sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio en el caso del delito de homicidio perpetrado por Célino Miquirucama).

161/ Vd. G. Irureta. cit. pp. 77-79.

4.4 Perspectivas de la legislación penal comparada en América Latina.

1. Nos parece que habría que empezar esta parte conclusiva relacionada con la legislación penal comparada señalando algunas deficiencias teórico-prácticas.

Mencionemos, en primer lugar, la escasez de estudios y materiales sobre la materia. Segundo, la falta de una seria discusión doctrinaria (más en profundidad, más bien) sobre la condición penal del indígena. Tercero, la falta de estudios especializados sobre el tema: en la mayoría de los casos se ha debido recurrir a los tratadistas de Derecho Penal General. Cuarto, la escasa importancia otorgada por los estados a la situación de las minorías indígenas.

2. El criterio de la igualdad en la diversidad, del pluralismo en el marco de la autodeterminación podrían ser los principios rectores de las futuras legislaciones.

3. La doctrina penal discute (y discutirá) sobre la declaración de inimputabilidad del indígena; en muchos casos, haciéndolo equivalente a los sordomudos o a los menores de edad. Lo que revela el inmenso déficit en el tratamiento jurídico-penal del problema.

Obs.

4. En realidad, el problema de las poblaciones indígenas ante la ley penal, la fuerza potencial, es un problema social de protección. Se trata de individuos y comunidades que, en su gran mayoría, desconocen la ley y la cultura dominantes (nacional) en nuestros países. De tal suerte, que la "solución" que han adoptado nuestras legislaciones ha sido la integración y asimilación a fortiori de estas poblaciones a los cánones y pautas culturales del estado-nación.

5. Estimamos que habría que rescatar el principio de que no puede haber igualdad entre desiguales. Este criterio podría ser el punto de partida para una legislación particular protectora de los indígenas que pudieron incorporarse a nuestras Constituciones Políticas y Códigos Penales.

6. La igualdad jurídica real, en una fórmula muy antigua, se expresa en la fórmula: "que cada hombre cuente por uno, y que ninguno cuente por más de uno".

En condiciones de desigualdad se hace menester establecer un tratamiento discriminatorio favorable. A casos semejantes, como expresa Isaiah Berlin, se les debe dar un trato semejante. 162/ A casos diferentes y desiguales, un trato particular protector constitucional y legal.

162/ Vd. Isaiah Berlin. (1983). pp. 147 y 148.

7. Dos grandes corrientes tratan de regular la condición penal del indígena: el criterio de la inimputabilidad y el de la responsabilidad atenuada.

A ellos, podría agregarse el criterio de la desigualdad (tratamiento jurídico particular) entre desiguales; y la tesis de la inculpabilidad, como solución técnico-penal. 163/

V. LA EDUCACION Y LAS LENGUAS INDIGENAS

5.1 En los Textos Constitucionales de algunos países aparecen referencias al derecho a la educación de las comunidades indígenas.

Así, las Constituciones de algunos países excluyen o prohíben la discriminación contra indígenas y otros grupos en materia de acceso a la educación. 164/

163/ Vd. Gladys Irureta, expone esta interpretación. Según este criterio, "la mejor solución jurídica y de justicia, en relación con los indígenas no integrados, la de no someterlos a las leyes penales impuestas por la sociedad dominante... sino dejarlos librados a sus propios reales inmemoriales" dentro del campo de la inculpabilidad que, como reconoce la autora, se trata de una solución subsidiaria. Nos merece numerosos repasos, entre ellos, que reconoce el carácter "civilizado" o no del indígena, al igual que las legislaciones de Colombia y Ecuador. cit. pp. 127 y 128.

164/ Cf. Es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, en América Latina. Informe del Relator Especial. pág. 10.

En Paraguay, verbi gratia, la Sociedad contra la Esclavitud señala en un Informe reciente, que la participación de los indígenas en el nivel de educación secundaria y superior es escasa, entregándose a las misiones religiosas la posibilidad de establecer escuelas gratuitas. En Chile, el Gobierno reconoció la necesidad de que los órganos del Estado prestaran particular atención al mejoramiento de la educación en el sector indígena. 165/

En general, las Constituciones suelen garantizar el derecho a la educación en general, sin hacer referencia a la educación y a la lengua indígena.

5.2 Otros países consideran un problema para la educación de las poblaciones indígenas su desigual y escasa distribución geográfica, lo cual dificulta su acceso a la educación. 166/

Por otra parte, las dificultades para implantar la educación formal en un medio de escasos recursos, impide un mejoramiento del nivel educativo. Además, este tipo de educación es ajeno a las necesidades y valores culturales de las comunidades.

Otro problema señalado por algunos Gobiernos (v.gr. Brasil) está representado por la desigualdad de oportunidades en la educación.

165/ Cf. Informe del Relator Especial. cit. pág. 23.

166/ Vd. Es el caso de Bolivia, Chile, Perú, Guatemala, México.

Incluso, por el carácter de la educación formal, diseñada en términos de los requerimientos del proyecto nacional imperante, requiere de esfuerzos especiales para realizar la educación indígena.

El grado de analfabetismo indígena es bastante elevado. El Informe señala que las principales causas de este mal son:

1. carencia de escuelas;
2. utilización del idioma oficial;
3. material y programas educativos poco adecuados a las necesidades, conceptos y valores de las comunidades. ^{167/} El caso de las comunidades nómadas agrega mayor complicación al problema.

La provisión de escuelas indígenas especiales se ha intentado en algunos países. ^{168/} En otros, se ha puesto énfasis en la instalación de escuelas rurales en zonas habitadas por indígenas, como

^{167/} Cf. Es el caso de Costa Rica, Paraguay, entre otros. Informe del Relator Especial. pp. 36 y 38. En Chile, la Universidad de la Frontera (privada) celebró un Convenio con el Instituto Lingüístico de Verano (I.L.V.). La Asociación Gremial de Pequeños Agricultores y Artesanos (Ad-Mapu) condenó este acuerdo señalando que este Instituto había sido repudiado por el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas por "genocidio cultural contra las nacionalidades aborígenes de la selva en forma sistemática". Cf. Limena Ruiz. (1982). pp. 20 y ss.

^{168/} Vd. Brasil (Acta No. 6001 de 1973), en que se plantea la instalación de una escuela en cada comunidad. Venezuela (Ley Orgánica de 14 de septiembre de 1948), preferencia especial a la instalación de escuelas rurales en sectores indígenas. En materia de filiación lingüística, consúltese: N. Rodríguez, E. Masferrer, R. Vargas. (1983).

se mencionaba. En Colombia, el decreto 088 de 1976 sobre educación de comunidades indígenas, entrega al Ministerio de Educación Nacional la acción que se desarrolle en las comunidades indígenas (art. 1º). En este mismo país, el Decreto No. 2768, de 17 de diciembre de 1975, establece que en virtud del artículo 13 del Concordato vigente entre la Junta Sede y la República de Colombia, "la Iglesia colaborará en el sector de la educación oficial mediante contratos que desarrollen programas oficiales respectivos y contemplan las circunstancias y exigencias específicas de cada lugar". El Gobierno de Colombia, mediante Decreto No. 1520 (de 30 de julio de 1975), creó una Comisión Permanente bipartita sobre educación oficial en las zonas contempladas en el artículo 6 del Concordato.

En conclusión:

Existe una marginación importante de los indígenas en materia educativa. En el plano universitario, casi no pueden mostrarse casos de estudios superiores realizados por miembros de comunidades; quizá, el porcentaje aumente cuando se trata de indígenas "integrados".

Las políticas educativas de los gobiernos tienden a reproducir los valores y el uso de la cultura y el idioma oficial. La escasez de maestros para escuelas indígenas, problemas de presupuesto, y, fundamentalmente, las condiciones socio-económicas de las comunidades inciden en el escaso desarrollo educativo de los indígenas.

La tendencia legal predominante es el reconocimiento del español (castellano) como único idioma oficial.

En algunos países, se ha capacitado a maestros provenientes de la misma comunidad para que retornen a enseñar a su lugar de origen. ^{169/} En Brasil, Bolivia, Guatemala y Venezuela existen normas constitucionales sobre esta materia.

La utilización de la lengua indígena se reconoce en la Constitución Peruana de 1979 y rechaza toda forma de discriminación racial. Se reconoce el castellano como idioma oficial; pero, además, se proclama como de uso oficial, la lengua de las dos grandes comunidades históricas: el quechua y el aymará. A las otras lenguas, se les considera como parte del patrimonio cultural de la nación. ^{170/}

En Panamá, todo un artículo constitucional se dedica a establecer que las lenguas aborígenes deberán ser objeto especial de estudio, conservación y divulgación. En este país, se establece que la alfabetización bilingüe debe ser promovida por el Estado en las comunidades indígenas.

^{169/} Vd. Es el caso de Brasil, Ecuador, Panamá, Colombia, Costa Rica, Perú, Guatemala, México, en América Latina. Martínez Cobo. citado. pp. 42 y ss.

^{170/} Cf. Juan Mestre Alfonso. op.cit. pág. 109. En Perú, el Decreto-Ley No. 21156, de 27 de mayo de 1975, reconoció el quechua al igual que el castellano, como lengua oficial del Perú. Véase el estudio de caso sobre el Perú en este informe.

Paraguay cuenta con una población mayoritariamente bilingüe, y es mayor el uso doméstico del guaraní que el castellano. "Este predominio de lo indígena no se cristaliza en la Constitución que resulta reducida en la protección del componente indígena". 171/

En Ecuador, el 80% de la población es bilingüe, fundamentalmente de quichua (o quechua) y castellano. La Constitución de Ecuador (1979) reconoce al castellano como idioma oficial, y al quichua como integrante de la cultura nacional, 172/ y "demás lenguas aborígenes".

Colombia, por Decreto No. 1142 de 19 de junio de 1978, establece un sistema de selección de los maestros para las comunidades indígenas: deben ser seleccionados entre los miembros de la comunidad, el profesor debe ser bilingüe, el Ministerio de Educación debe examinar su capacidad como profesor y sus conocimientos básicos en la lengua nativa de la comunidad. 173/

Chile reconoce que "los estudiantes aprenden, leen y escriben

171/ Cf. Juan Mestre Alfonso. op.cit. pág. 109.

172/ Cf. Escasos diarios y revistas se publican en idiomas indígenas. Podemos citar: Paraguay (en guaraní oficial) se publican diarios, revistas y textos religiosos. Informe del Relator Especial. citado.

173/ Cf. Art. 11 del Decreto No. 1142 de 19 de junio de 1948. Martínez Cobo. citado. cap. XIV. pág. 48.

en español", 174/ al igual que en Costa Rica. 175/ En el primer país, se reitera que el español es el idioma oficial de la República. 176/

En los tribunales de los países latinoamericanos se emplea el idioma oficial. La preparación de programas educativos se realiza en base a la cultura nacional predominante, y la circunstancia que muchas de las lenguas indígenas sean ágrafas obstaculiza aún más la preparación de materiales educativos y textos de estudio para las comunidades.

En referencia a la falta de materiales, el Gobierno de Chile ha transmitido la información en que señala la necesidad de adaptar el material de enseñanza a las áreas rurales. 177/ Brasil estableció una unidad de educación indígena (1979) dependiente del Ministerio de Educación Pública, 178/ destinada a la adaptación de materiales.

En suma:

1. La importancia del reconocimiento legal de las lenguas

174/ Cf. Martínez Cobo. cit. pág. 50

175/ Cf. "Noticiero Indigenista". América Indígena. Vol. XXXIII. No. 4. 1973. pág. 1222.

176/ Cf. Martínez Cobo, pág. 72.

177/ Ibid. cit. capítulo XIV. pág. 83.

178/ Fundação Nacional do Índio. (1973). pág. 4.

En suma.

1. La importancia del reconocimiento legal de las lenguas

III-136

indígenas estriba, en primer lugar, en que en muchos países es el criterio lingüístico el que se utiliza para calificar la existencia de una comunidad indígena.

2. La lengua y la cultura indígena tienden a ser absorbidas por el elenco ideológico dominante.

3. El problema de la preservación del uso de las lenguas indígenas se inscribe dentro del marco general del pluralismo. En otras palabras, se trata de garantizar la multi-nacionalidad axiológica, en que la cuestión lingüística ocupa un lugar importante.

4. Los gobiernos latinoamericanos, como observamos en el caso de la educación, han utilizado solamente el español como lengua oficial. En aquellos casos en que se reconocen constitucionalmente otras lenguas no existen los medios para su difusión o utilización en los colegios.

5. Escasas publicaciones utilizan las lenguas indígenas. En Paraguay, v.gr., se reconoce al guaraní (utilizada por el 80% de la población), pero se trata del "guaraní paraguayo". Con lo que queremos afirmar que siempre existe el intento del estado-nacional para absorber la cultura indígena.

6. La escasez de maestros, la lejanía de las comunidades, la falta de presupuesto, las políticas de asimilación, conspiran contra

el respeto y vigencia de la pluralidad lingüística necesaria para la vigencia de las lenguas indígenas, como de sus derechos humanos fundamentales. 179/

VI. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA LEGISLACION COMPARADA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN AMERICA LATINA

1. El presente capítulo pretendió avanzar algunas ideas centrales respecto de la legislación comparada sobre comunidades indígenas en algunos países de América Latina, privilegiando el estudio de algunas instituciones-fuerza (Constitución, propiedad, penalidad, administración de justicia, legislación internacional), en la perspectiva de los Derechos Humanos.

2. Los criterios principales de análisis fueron: a) el criterio del rango jurídico: la importancia jurídico-formal que cada país otorga al tratamiento de las minorías indígenas; b) el criterio vinculatorio: entre el régimen jurídico general de protección de los Derechos Humanos y el tratamiento particular de las comunidades; y, c) el criterio generacional: la evolución histórica de los derechos humanos en derechos civiles y políticos, derechos sociales y derechos de solidaridad.

3. El contexto histórico-metodológico, que solo pudimos

179/ Cf. Antonio Tovar. (1981). pp. 78 y ss.

esbozar, está referido al conjunto o ambiente socio-histórico en que se desarrolla la problemática comparada de los derechos humanos. Esto se relaciona con el proyecto político-hegemónico y la visión que el sistema "nacional" posee acerca del lugar que ocupan las minorías en el espacio global del Estado.

4. En cuanto al tratamiento constitucional utilizamos una tipología de acuerdo al rango jurídico de cada legislación.

Así establecimos:

a) Países con tratamiento constitucional y circunstancial de las minorías indígenas: Argentina. 180/

b) Países con estatutos especiales con rango constitucional: Paraguay.

c) Países con tratamiento constitucional de los derechos humanos y régimen jurídico especial sobre comunidades indígenas: Chile, Colombia, Ecuador.

5. El régimen de propiedad de la tierra, signo distintivo de un sistema político, aparece, igualmente, distinto en nuestra legislaciones. Los Estatutos Constitucionales consagran, en líneas generales, la función-social de la propiedad.

180/ Vd. Hasta 1949, en que los indígenas pasaron a recibir el trato de igualdad ante la ley, al suprimirse el artículo 67, numeral 15, de la Constitución del 1° de mayo de 1853.

6. En este sentido, reconocemos la verificación de un doble "anillo jurídico": el primero, representado por el reconocimiento de la función-social de la propiedad privada en términos constitucionales. En un ámbito jurídico más reducido, el reconocimiento comunitario de la propiedad indígena.

7. La titularidad de la propiedad de la tierra presenta rasgos complejos y dispersos. En efecto, no existe ninguna regularidad jurídica en el respeto a la propiedad de las tierras indígenas. Las legislaciones no ofrecen soluciones posibles para que las comunidades puedan regularizar su titularidad, lo que se presta para distintos ilícitos como fraudes o usurpaciones de uso frecuente.

8. En general, es el estado, a través de sus agentes, quien controla y administra las propiedades de las comunidades. Con la excepción, como hacíamos notar en las Conclusiones del Apartado de Colombia, en que se ha producido (y se discute) la delegación de la soberanía estatal hacia misiones religiosas, en virtud del Concordato de 1974.

9. En relación con la Administración de Justicia y la Legislación Penal, puede observarse que tanto la práctica jurisprudencial como la doctrina, se encuentran divididas frente al tipo de legislación aplicable al indígena. Las legislaciones han adoptado soluciones distintas al problema.

El principio de base que inspira a nuestras legislaciones es el criterio "civilizatorio", es decir, la posibilidad de incorporar al indígena a la civilización y cultura predominante. Este es el principio ideológico fundamental que importa a nuestras legislaciones en materia de sanción penal.

10. El concepto de delito está signado por la opción de indígena "integrado" o "civilizado" y "salvaje", como referente de la culpabilidad.

El efecto destructivo para las etnias y la falta de respeto del pluralismo cultural y la autodeterminación de las comunidades constituye un factor distintivo de nuestras legislaciones.

11. La Jurisprudencia, escasa y contradictoria, se pronuncia por la defensa de los "valores de la civilización", con excepción de algunos fallos en Chile (caso de Juana Catrilaf Calfiñanco), en que se reconocen las diferencias culturales y el contexto socio-histórico en que se desenvuelven los indígenas; en su mayoría, analfabetas.

12. El reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, propio de la mayoría de nuestras Constituciones, se ve enfrentado al criterio de la "diversidad legal" ante situaciones desiguales.

Esto se suma a los criterios de la inimputabilidad y de la

responsabilidad atenuada del indígena, dos grandes co-rientes doctrinarias discutidas hoy en día.

13. El sistema educativo, por decir lo menos, es deficiente. La carencia de escuelas, el escaso presupuesto, la imposición de los valores y de la ideología del "orden nacional", han confinado al olvido de las culturas autóctonas.

14. Idéntica situación se vive en materia de respeto a las lenguas indígenas. El criterio lingüístico que se ha tenido como elemento central, hasta ahora, de la definición de comunidad indígena, ha ido perdiendo importancia. Habitualmente, las legislaciones reconocen al español como único idioma oficial; o, en la práctica, ante los tribunales o en gestiones administrativas, sólo se puede utilizar el idioma cultural dominante,

VII. EL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Existen hoy en América Latina aproximadamente 400 grupos étnicos indígenas, es decir, de origen precolonial, que hablan alguna de las lenguas que se hablaban en el continente antes de la llegada de los europeos, y su número aproximado, de acuerdo con las últimas estimaciones, asciende a más o menos 30 millones de personas. Esta cifra, sin embargo, no refleja con exactitud el número real de los indígenas, ya que se ha podido demostrar que los censos nacionales por lo general tienden a subestimar a su población

aborigen. La población indígena está distribuida de manera bastante desigual entre los países latinoamericanos; pero son escasos aquéllos, como el Uruguay, en los que ya no existen (en Uruguay, como en los países del Caribe, fueron exterminados). En algunos países, los indígenas tienen escasa significación numérica en relación con la población total (es el caso de Argentina y Brasil, y en poco menor grado de Chile y de Venezuela). En los países andinos, sin embargo, los indígenas representan la mitad o más de la población total (Bolivia, Ecuador y Perú, dependiendo desde luego de los criterios utilizados para identificarlos y definirlos). Es también el caso de Guatemala (Véanse, en este trabajo, los capítulos referentes a algunos de estos países mencionados).

Tal como se ha visto en capítulos anteriores, la población indígena no puede ser identificada por criterios raciales o biológicos, que estuvieron muy de moda en el siglo pasado. Las ciencias sociales contemporáneas utilizan de preferencia criterios culturales, entre los cuales el criterio lingüístico es por lo común el que más se emplea. Es decir, la población indígena se distingue de la no indígena por determinados elementos culturales. Es evidente que con frecuencia resulta difícil aplicar criterios de esta naturaleza sistemáticamente en la elaboración de los censos nacionales, y es por ello, entre otros factores, que se admite por lo general que dichos censos subenumeran a la población indígena del continente.

Pero también la definición cultural de los indígenas ha planteado

problemas serios de identificación, con implicaciones prácticas para la política indigenista. ¿Qué criterios o elementos culturales, aparte la lengua, deberán ser empleados? y ¿quién los emplea? Las definiciones aportadas por los científicos sociales (antropólogos, sobre todo) no siempre son aceptadas por los funcionarios públicos encargados de las políticas indigenistas, aún cuando dichas definiciones científicas sean relativamente sencillas, lo cual no siempre es el caso. Por otra parte, los criterios utilizados con frecuencia por los funcionarios o por los legisladores, no satisfacen generalmente los requisitos científicos de la comunidad académica. En años recientes, como se verá en el Capítulo V, las organizaciones indígenas han venido reclamando con creciente insistencia que los únicos habilitados para decidir quiénes son o no son indios en América son los propios indígenas. Todo esto pudiera parecer una discusión bizantina, si no fuera porque el problema de los criterios definitorios tiene relación íntima con el gozo y disfrute de los derechos humanos, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de los indígenas, tal como se ha señalado anteriormente. Tomemos el caso de Colombia, por ejemplo. De acuerdo con la Ley 89 de 1890, las comunidades indígenas tienen el derecho de conservar sus resguardos, es decir sus tierras comunales, y a gobernarse con sus propios cabildos. En el departamento de Tolimá, en 1963, en una parcialidad llamada Yaguara, un conflicto agrario enfrenta a la comunidad indígena, respetuosa de sus títulos de origen colonial, y amparada desde hace décadas por la mencionada Ley 89, a un terrateniente latifundista que quiere

apoderarse de las tierras comunales (situación por lo demás ampliamente conocida en toda América Latina). El gobierno envía una comisión investigadora a la región, la cual concluye que puesto que los campesinos ya no hablan ninguna lengua indígena y han adoptado características culturales occidentales, ya no deben ser considerados como indios y por lo tanto, no tienen derecho a reclamar la conservación de su resguardo ni de sus autoridades tradicionales del cabildo. La comisión concluye que se justifica la parcelación individual de las tierras, lo cual desde luego abriría el camino al despojo por parte de los latifundios circundantes a la comunidad. La comunidad se resiste tenazmente a esta decisión gubernamental y reclama no solamente su derecho a la tierra comunal y colectiva sino también, y por eso mismo, su derecho a su propia identidad cultural y étnica. 181/

Este caso apunta hacia un elemento fundamental en la problemática de los pueblos indígenas de América Latina. Y es que la identidad étnica está estrechamente vinculada no solamente a elementos de tipo cultural (como puede ser la lengua), sino también, y tal vez sobre todo, a formas de organización social y a la estructura social de la comunidad local.

En algunos aportados anteriores, vimos la legislación indígenista y las relaciones entre la población indígena y la legislación

nacional en diferentes áreas. Uno de los problemas que se han venido planteando al respecto es el viejo problema que enfrentan los juristas sobre la "ignorancia de la ley". En el caso de la población indígena del continente, se admite que las diferencias culturales, a veces considerables, entre los indios y el resto de la sociedad nacional, hacen que la legislación nacional, en ocasiones, no sea entendida por los indígenas (recuérdese la discusión sobre los Requerimientos en la época de la Conquista, a la cual hicimos referencia en el capítulo I). Hasta qué punto, se preguntan juristas y científicos sociales, son los indios responsables ante leyes que no solamente no conocen sino que son en ocasiones totalmente distintas, cuando no es que contrarias, a sus propios modos de vida y formas de organización social? Pero el otro lado de la cuestión ha sido mucho menos analizado; a saber, la ignorancia que la sociedad nacional, y particularmente su aparato estatal y jurídico, esgrimen frente al derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas. ^{Pero} Porque la cuestión de la ignorancia de la ley tiene estas dos vertientes, y es la segunda, es decir, el desconocimiento de la ley consuetudinaria y de la legalidad indígenas, por parte del estado nacional, la que ha conducido en múltiples ocasiones a la violación de los derechos humanos, y la que constituye una permanente amenaza.

El derecho consuetudinario, obviamente y por definición, no se encuentra codificado en ninguna parte. Como vimos en los apartados anteriores, en algunas legislaciones nacionales se hace

mención al respeto de los "usos y costumbres" de las poblaciones indígenas, pero estos no se encuentran definidos en las leyes y los códigos, y por lo general son ignorados en la aplicación de las leyes. Por lo demás, no se puede hablar desde luego de un solo derecho consuetudinario para todos los 400 grupos étnicos indígenas que pueblan el continente. Las diferencias entre los pueblos indígenas son también considerables, diferencias cuyo origen se encuentra en la estructura social precolonial, las diferencias ecológicas entre grupos indígenas (por ejemplo, los selvícolas y los campesinos de las tierras altas), y la forma diferencial por la cual estos grupos han sido insertados en el sistema dominante. En estas circunstancias resulta particularmente difícil determinar las formas y el contenido del derecho consuetudinario de los indígenas. Se parece, desde luego más al "common law" inglés que al derecho romano que ha inspirado a los sistemas jurídicos de nuestras sociedades latinoamericanas. No existiendo, a nuestro saber, ningún tratado sobre derecho consuetudinario indígena en América Latina, es preciso buscar la información en la literatura etnográfica, que sí abunda, sobre los distintos grupos étnicos. Pero en esta literatura, que se encuentra bastante dispersa, se ha prestado poca atención sistemática a las cuestiones de "derecho", casi nunca aparece un apartado con esta denominación en las monografías. Estas cuestiones se encuentran incluidas en los estudios sobre estructura social y organización política y religiosa de las comunidades y de los grupos étnicos. Y es que en efecto, lo que llamamos "derecho", en las sociedades indígenas es inseparable de las estructuras sociales, políticas y religiosas.

Si por derecho consuetudinario entendemos las normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violan estas normas), entonces cabe preguntarse cuál es el origen de estas normas y reglas que les dan legitimidad ante la población y que las mantienen como un sistema coherente. En la gran mayoría de las comunidades indígenas del continente latinoamericano, la legitimidad del derecho consuetudinario, entendido de esta manera, se encuentra en el sistema de parentesco, en las concepciones religiosas y en el vínculo social de la comunidad con la tierra.

En cuanto a los sistemas de parentesco indígenas, éstos pueden ser considerados no solamente como un sistema de clasificación de parientes, sino como un mecanismo para regular las necesidades de la reproducción social. Es decir, las relaciones de parentesco reglamentan el acceso de los grupos o individuos a las condiciones de producción y a los recursos. Regularizan el matrimonio, proporcionan el marco social de la actividad político-religiosa, y también funcionan como esquema ideológico, como código simbólico para expresar a su vez las relaciones de los hombres entre sí y con la naturaleza.

Los sistemas de parentesco, y existen varios tipos fundamentales

entre los pueblos indígenas de América Latina, ^{182/} relaciones entre familias, que son los núcleos sociales básicos de las comunidades indígenas. También tienen la función de normar los sistemas de herencia y transmisión de riqueza. En ocasiones, el funcionamiento de estos sistemas de parentesco entra en contradicción con el sistema jurídico nacional. Por ejemplo, muchas sociedades indígenas son poligínicas, y las diferentes mujeres de un jefe de familia desempeñan papeles específicos en la estructura familiar. Sin embargo, la legislación civil de los estados no reconoce la poligamia, y esto puede crear serios problemas para la estabilidad de la familia, la posición de los hijos, la transmisión de bienes en herencia, y la posición social o el status del hombre en la comunidad. ^{183/}

En las culturas indígenas andinas, existen diversas reglas que rigen el matrimonio. Una de ellas es el silvanacuy, una especie de matrimonio de prueba cuya finalidad consiste en el estudio que los futuros cónyuges deben realizar el uno con respecto del otro para decidir si será ventajosa la convivencia definitiva. Si no resulta ventajosa, por ejemplo, si uno de los cónyuges es perezoso, el vínculo puede disolverse sin ninguna intervención oficial, lo cual contribuye a mantener la estabilidad de la comunidad, basada en el principio de la reciprocidad en todas las esferas de la vida comunitaria.

^{182/} Véase A. Kimball Romney. (1967).

^{183/} Entre los Siriono, en el Oriente boliviano, el que un hombre tenga muchas mujeres e hijos constituye el acto principal para alcanzar un mejor status dentro de su comunidad. Véase Allan Holmberg. (1978).

Otra forma de control social, ampliamente extendida entre las comunidades indígenas del continente, y que tiene, a su vez un origen mediterráneo y colonial, es el compadrazgo. Dice un autor: "En su calidad de control social, el compadrazgo sirve para canalizar conflictos. La esencia del compadrazgo es observar modelo de interacción social a todos los niveles, enfatizando el patrón de comportamiento, altamente valorizado, de respeto entre individuos. Por lo que el compadrazgo se caracteriza por una ausencia de conflicto... A través del compadrazgo, se establecen ligas regionales, étnicas y locales..." 184/

En una comunidad indígena de Oaxaca, México, un hombre mató a su amigo en una borrachera. Siendo soltero, las autoridades de la comunidad lo sentenciaron a que se casara con la viuda de su amigo y se encargara del mantenimiento de la familia de éste. Con esto, el problema del homicidio quedó resuelto y la estabilidad de la comunidad se mantuvo. Las autoridades legales de la administración mexicana trataron de llevarse al homicida para juzgarlo de acuerdo con la legislación penal, pero la comunidad se resistió y finalmente logró mantener su punto de vista. (Véase el capítulo con el estudio de caso sobre México en el presente trabajo.)

La estructura política de muchas comunidades indígenas de Mesoamérica se aglutina alrededor de una jerarquía civil y religiosa,

184/ Robert Ravicz. (1967):

en la cual participan los hombres de la comunidad. Esta estructura incluye cargos de tipo religioso (es decir, que se vinculan al culto, el mantenimiento de la Iglesia del pueblo, la organización de las fiestas religiosas que tienen una gran importancia en el ciclo anual de las comunidades), y cargos civiles, es decir de autoridad con respecto a la distribución y el uso de la tierra, las relaciones con los forasteros, los conflictos entre las familias y los individuos, la administración de justicia, etc. Se trata de sistemas complejos, vinculados a la estructura económica de la sociedad, y que han sido descritos ampliamente en la literatura antropológica. 185/

En muchas comunidades, la autoridad local reside en un grupo de "mandones" o consejo de ancianos, aceptados por consenso, respetados por todos, y que desempeñan funciones importantes para el mantenimiento del orden interno. Las legislaciones nacionales no reconocen a estas autoridades, y los gobiernos tratan de imponer un esquema de gobierno local que responde a las estructuras de tipo constitucional (municipios, ayuntamientos, etc.), lo cual conduce con frecuencia a serios conflictos entre las comunidades y los poderes constituidos. 186/

Entre los pueblos silvícolas de América del Sur, la estructura

185/ Véase un buen resumen en Frank Cancian. (1967).

186/ Gonzalo Aguirre Beltrán. (1953).

política es menos compleja. Las "tribus" tienen sus jefes propios, abundan las "asociaciones" de hombres para múltiples actividades específicas, tales como la guerra, la caza, los ritos y las ceremonias, la estructura social está basada en la existencia de clanes y de familias extensas, y las relaciones sociales entre los miembros de la comunidad están enraizadas profundamente en la estructura familiar. La dinámica social de estas sociedades no puede entenderse sin referencia a estos elementos, por lo cual las leyes de las sociedades nacionales no encuentran prácticamente aplicación en estos grupos étnicos. 187/

(Se ha señalado con mucha frecuencia que uno de los elementos fundamentales que proporcionan identidad a los grupos étnicos indígenas es su vínculo con la tierra. La tierra es considerada no solamente un medio de producción o un recurso económico, sino un elemento ideológico, religioso, político, su reproducción a través del tiempo.) Entre los quechuas y los aymaras la relación mística con la tierra es muy fuerte. La pachamama -la madre-tierra- es la que da vida y alimento, y los hombres desaparecen en ella al morir. Antes de abrir un surco, el campesino indígena le pide perdón a la pachamama, y se hacen ceremonias para asegurar las buenas cosechas. Dentro de este marco tradicional, la imposición de nuevas formas individualizadas de propiedad de la tierra, como tratan de llevarlo a cabo diversos gobiernos en las regiones indígenas,

entra en conflicto con las formas establecidas de convivencia y organización social.

[Se ha visto anteriormente que la legislación penal es particularmente difícil de adaptar a las condiciones de la mayoría de las comunidades indígenas. Esto no significa que las sociedades indígenas carezcan de elementos para controlar y sancionar los delitos, sino simplemente que los conceptos, las valoraciones y la lógica de la relación delito-sociedad son muy distintos a los que prevalecen en las sociedades no indígenas.] Citemos como ejemplo la situación en la Guajira venezolana: "Las leyes que rigen a los indios guajiros son conocidas y obligatorias para todos. Estas son transmitidas de padres a hijos, y se tiene un claro concepto del delito, como hecho que es repudiado por el grupo y que merece una sanción. Esta, generalmente es impuesta por el ofendido a través del grupo. Las sanciones penales son impartidas con severidad y eficacia a pesar de no existir las instituciones controladoras propias de la sociedad nacional. La transgresión de la ley acarrea además de la sanción, una subvaloración del status social, lo que expone al delincuente al desprecio público. La obligación a que se somete a la familia o "casta" ejerce gran presión moral sobre el ofensor, lo que determina que en la mayoría de los casos, éste responde debidamente. Las sanciones en su mayoría son basadas en la "compensación". Casi siempre se indemniza al ofendido, mediante bienes que se traducen en collares de piedras de valor llamados "tumas". Si se trata de una sanción impuesta a un

miembro de una "casta" primero se envían "palabrereros" a pedir que se reconozca la ofensa y la indemnización impuesta. De no llegarse a un acuerdo, se desata la guerra, lo que trae funestas consecuencias para ambos grupos. Los delitos mayormente cometidos corresponden a los conocidos entre nosotros como delitos contra la propiedad, contra las personas y contra las buenas costumbres, pero también según la normativa, se considera delito, hacerle daño a un animal, o pegarle a un niño, y pronunciar el nombre de un difunto ante sus familiares". 188/

CAPITULO IV

INSTITUCIONES INDIGENISTAS EN AMERICA LATINA

Introducción

Hacia finales de la década de los 30, la política oficial dirigida hacia las poblaciones indígenas del continente, sufrió una serie de modificaciones, tanto a nivel práctico como teórico. A nivel práctico, las naciones latinoamericanas intentaron establecer vínculos con el propósito de coordinar las diferentes actividades indigenistas que hasta entonces se venían realizando de manera independiente y aislada. A nivel teórico, el eje principal giró en torno a la "redención", la "salvación" del indio, de acuerdo con las ideas expresadas por los pensadores de finales y principios del siglo XX, y bajo los principios de asimilación y/o integración de los pueblos indígenas, con la finalidad de edificar naciones culturalmente homogéneas.

La necesidad de estudiar y conocer al "indio" latinoamericano, se expresó en la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938), en la cual se reiteró la recomendación hecha por la delegación mexicana en Montevideo en 1933, para que la Unión Panamericana (hoy Organización de Estados Americanos, OEA), organizara un Congreso destinado a estudiar los problemas de la población indígena del continente. Es así, que dos años más tarde, en 1940, se celebró el Primer Congreso Indigenista Interamericano, en Pátzcuaro, Michoacán, México.^{1/}

En dicho Congreso, los representantes de las naciones latinoamericanas señalaron que no bastaba que las constituciones nacionales declarasen la igualdad de los indígenas ante la ley, porque la situación de inferioridad y marginación de los pueblos indígenas constituía, en la mayor parte de los países, un grave obstáculo para su integración a la nación. De ahí la necesidad de realizar esfuerzos conjuntos y de manera sistemática para realizar una evaluación de la labor indigenista hecha hasta ese momento en cada país, de tal forma que permitiera obtener una visión general comparativa que hicieran posible afirmar, reafirmar y orientar los diversos aspectos de la acción indigenista en América.

Como resultado de estos criterios, y atendiendo a la recomendación hecha en la Octava Conferencia Internacional Americana, el Congreso de Pátzcuaro resolvió la creación del Instituto Indigenista Interamericano, cuya sede se fijó en México, siendo su primer director Manuel Gamio, conocido antropólogo mexicano, quien ocupó el cargo de 1942 a 1960. Asimismo, el Congreso acordó la organización periódica de los Congresos Indigenistas Interamericanos y recomendó la creación de sendos Institutos Indigenistas Nacionales, en todos los países del continente.^{2/}

I. Los Congresos Indigenistas Interamericanos

Hasta la fecha se han realizado ocho Congresos Indigenistas Interamericanos. En abril de 1940, tuvo lugar el Primer Congreso en Pátzcuaro, Michoacán, México. Este evento, como se ha señalado, sentó las bases de la política, estrategia y acción indigenistas a nivel continental. El segundo Congreso se efectuó en Cuzco, Perú, en 1949. El tercero fue en La Paz, Bolivia, en 1954. En Guatemala, se llevó a cabo el cuarto Congreso Indigenista en 1959. El quinto se celebró en Quito, Ecuador, en 1964. De nuevo en Pátzcuaro, México, se realizó el sexto Congreso Indigenista, en 1968. El Séptimo Congreso Interamericano del indigenismo, tuvo como escenario la ciudad de Brasilia, Brasil, en 1972. Por último, el Octavo Congreso Indigenista nuevamente fue celebrado en México pero esta vez en la ciudad de Mérida, Yucatán, en noviembre de 1980.

En las actas de los ocho Congresos Indigenistas se encuentran puntualizados los aspectos esenciales de la política, la estrategia, las investigaciones y los lineamientos para la acción en los diversos campos y sectores del indigenismo latinoamericano. Las Actas recogen también, las experiencias que se han ido teniendo tanto a nivel nacional como interamericano, en los distintos países respecto a la cuestión indígena.

Estos documentos tratan sobre problemas de propiedad, tenencia de la tierra y reforma agraria, de reformas en la educación al servicio de las poblaciones indígenas, de técnicas generales

de producción y comercialización, de la vivienda, de la legislación y el derecho indígenas, de políticas y estrategias en materia de integración social y cultural. Aspectos de biología, higiene, alimentación y de la búsqueda de medios y fuerzas para el cambio.

Es importante señalar, que si bien las Actas finales de los ocho Congresos celebrados hasta la fecha constituyen el marco de referencia de la política indigenista latinoamericana, esto no quiere decir que todos los gobiernos acaten y se guíen única y exclusivamente por las propuestas y recomendaciones planteadas en los ocho Congresos. Existen sí, rasgos comunes en las políticas indigenistas nacionales dado que su principal interés se manifiesta en la integración económica y cultural de la población indígena a la nación. Las diferencias se sitúan en el plano estructural-político, de acuerdo al grado de desarrollo económico y la estrategia que cada uno de los países fija para lograr estas metas.

Las Actas de los primeros Congresos se centraron particularmente en la labor educativa que debían promover los distintos gobiernos latinoamericanos. Esta labor "redimía" al "indio" de su pasado, porque a través de ella, se buscaba mejorar o cambiar la vida de las poblaciones indígenas.

En la primera etapa de la acción indigenista latinoamericana, fueron dos las modalidades de aplicación generalizada: por un lado, desarrollar programas y actividades en forma similar a los que se aplicaban a los grupos no indígenas, y por otro, promover

la enseñanza en la lengua nacional, aunque entre los indígenas predominaba el uso de las lenguas vernáculas. Se pretendía imponer planes y proyectos iguales en los grados o años que funcionaban en los planteles educativos, horarios de trabajo, materiales, temas y materiales que resultaban divorciados de la realidad indígena. Meta de la educación era la alfabetización masiva, utilizando métodos como el "Laubach", que inducía a una enseñanza mecánica.^{3/}

La acción indigenista oficial, llevada a cabo por algunos gobiernos, también ofreció asistencia médica a las comunidades indígenas, sobre todo en el campo de la medicina preventiva, a través de puestos de salud, botiquines, y en forma ocasional, de médicos y dentistas. Sin embargo, estos servicios no siempre cumplieron los objetivos educativos esperados. En buena medida porque no se consideró a la medicina tradicional, propia de las comunidades: la de los brujos, curanderos y comadronas empíricas, quienes ejercen su trabajo de acuerdo a ciertas costumbres y normas establecidas en cada comunidad. Más adelante, la acción oficial concluyó a tomar en cuenta las causas que originan las enfermedades, la falta de higiene y la desnutrición, que son producto de la precaria situación económica en que viven las poblaciones indígenas del continente.

Circunstancias similares se dieron en cuanto a la construcción de viviendas para las poblaciones indígenas. Algunos proyectos fueron realizados, de acuerdo a los patrones culturales de la sociedad occidental, sin que mediaran estudios previos sobre la correspondencia entre la vivienda y las características de la vida familiar indígena.

Lo mismo ocurrió con las obras de infraestructura, como caminos, puentes, construcción de acequias que no eran utilizadas a su máxima capacidad en el riego, porque sencillamente los indígenas no aceptaban comprar o arrendar el agua. La enseñanza de nuevos cultivos tampoco tomó en cuenta la costumbre, ni la situación de pobreza de las comunidades indígenas, razón por la cual la introducción de nuevos métodos sirvió para "probar", equivocadamente, el rechazo que tiene el indígena por el progreso.

En esta primera etapa del indigenismo, también se hizo énfasis en los estudios de la realidad indígena en torno a los problemas de tenencia de la tierra y el minifundio, demostrando lo antieconómico e insuficiente que resultaba este último para las familias indígenas. Se puntualizaron formas de explotación en el trabajo, especialmente en el sector agropecuario, de las que eran víctimas los indios.

Los estudios de la comunidad indígena pronto se dejaron sentir en el mundo académico. El "indio" poco a poco fue adquiriendo una imagen muy distinta a la que antes prevalecía. Por este camino la "comunidad" pasó a convertirse no sólo en la unidad espacial, social y cultural más adecuada para observar y conocer el "indio" sino además era unidad capaz de definirlo.^{4/}

Es así como en el II Congreso Indigenista Interamericano, Cuzco, Perú, 1949, se aprobó la definición oficial del "indio" que sirvió de gúfa para la implementación de los proyectos que habrían de ponerse en marcha. Esta definición fue tomada de la ponencia que presentó el delegado mexicano, Alfonso Caso:

"El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo, considerada por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lengua y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños. Lo indio es la expresión de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía, con el idioma propio y con la tradición respectiva de los pueblos o naciones aborígenes".5/

Con esta definición se abrió una nueva perspectiva dentro del campo del indigenismo, por el hecho que ya no se consideraba al "indio" como un ser aislado sino perteneciendo a un grupo social limitado. En esta definición están presentes las consideraciones raciales, que se manifiestan al distinguir las comunidades "indias" de las comunidades de "blancos" y "mestizos".6/

Las experiencias indigenistas mencionadas, contribuyeron de alguna manera para adoptar otras modalidades y formas de trabajo para con la población indígena. Nuevas concepciones y metodologías permitieron reformas en la educación indigenista encauzadas en alguna medida por el Instituto Indigenista Interamericano.

En efecto, los siguientes Congresos orientaron las labores educativas con un sentido más práctico y acciones sobre didáctica y pedagogía de las "escuelas para la vida". Reformas pedagógicas se aplicaron para servir a las realidades y necesidades de las poblaciones indígenas. Junto a la didáctica de enseñanza activa, se implementaron programas concretos en favor del desarrollo y prácticas nuevas en la agricultura: cría de ganado, aves y anima-

les domésticos, los servicios de monta para mejorar ingresos mediante la apicultura, curtidumbre de pieles y la enseñanza de la artesanía y oficios.

A partir del segundo Congreso, la labor educativa también fue de alta preocupación, se puso interés en la formación de un nuevo tipo de educador bilingüe en las escuelas rurales, bajo normas, programas de estudio y prácticas agrícolas, pecuarias, deportivas y de formación de hábitos. Se puso énfasis en la capacitación para cumplir los servicios y atenciones médicas, como agentes de promoción y aculturación.

En otros campos de trabajo: infraestructura, vivienda, medicina, agricultura, etc., también se ubicaron esfuerzos en relación más directa con la realidad de los pueblos indígenas. Por ejemplo, al utilizar abonos, podar árboles frutales, defender los suelos, seleccionar semillas y otros aspectos en materia de agricultura, asimismo, capacitar a las parteras empíricas, fomentar el aseo e higiene personal, construir literas y otros servicios.

Estos criterios estaban encaminados a la integración del indígena sobre la base de su modernización y secularización, para que los indios, de manera individual, pasaran a formar parte de la sociedad nacional.

Todo este conjunto de programas y acciones, así como los recursos que los gobiernos les destinaban, lograron que algunos indígenas adquirieran ciertas características y prácticas de la cultura mestiza, es decir, se aculturaran, en distintas magnitudes. En cambio, los resultados continuaron siendo aislados, par-

ciales y con enfoques sectoriales. La razón fue que los programas no buscaban metas estructuradas y orgánicas, sólo se ofrecieron servicios y ayudas separadas. En ese sentido, el resultado de estas acciones fue desarticulado, y no integrado, provocando la desadaptación de los indígenas aculturados.

Sin embargo, a partir del quinto Congreso realizado en Brasilia en 1972, se introducen nuevas teorías, metodologías y recomendaciones para la acción indigenista. Los planteamientos novedosos se orientaron hacia una plena y definida participación de los grupos indígenas en el progreso y desarrollo nacionales y continental.^{7/}

Se consideró importante que en el proceso de integración se tomara en cuenta el respeto que merecen las instituciones tribales y la personalidad del "indio", sin detrimento de los valores en que se basa su identidad. Se recomendó que los gobiernos tomen como válidos jurídicamente aquellas costumbres practicadas por los indígenas según los patrones normativos de sus culturas. De igual forma se señaló, que los individuos más adecuados para promover soluciones y resolver problemas son aquéllos que los padecen; que el proceso educativo sirviera para revalorizar las propias culturas y sus principales elementos, de tal manera que pueda asegurarse y preservar la cohesión e identidad cultural, política, económica y social de los pueblos indígenas. Se ratificó el derecho que tienen de ser alfabetizados en sus lenguas vernáculas.^{8/}

Esta nueva política tuvo que enfrentarse, por un lado, a la poca eficacia de las acciones indigenistas del pasado, cuyo propósito fue el de aculturar al indígena individualmente con acciones aisladas y divorciadas de la realidad histórica y cultural de las comunidades. Por otro lado, a la nueva presencia en el escenario político latinoamericano de organizaciones indígenas que rechazaban la tradicional actitud paternalista y discriminatoria del Estado, y reclamaban su participación en la solución de sus propios problemas, obligando a los encargados de delinear las políticas indigenistas a replantearse la estrategia del indigenismo a nivel continental. (Ver el capítulo V sobre Movimientos Indígenas).

1980 es el año en que se realizó el octavo Congreso Indigenista Interamericano en Yucatán, México, y es durante este evento cuando se evaluó más profundamente el indigenismo de manera tal, que se propusieron rectificaciones en lo que se refiere a los principios, acciones y marco institucional del mismo.

La primera rectificación fue en desechar la visión incompleta de la cuestión indígena y reconocer la doble vertiente de la condición actual de la población indígena, es decir, la explotación económica de que ha sido objeto históricamente y su especificidad étnica. En segundo lugar, se afirmó que la acción indigenista debe abandonar el paternalismo impositivo y utilitario y responder a los intereses de los propios indígenas recogiendo sus demandas y las de sus organizaciones. Tercero, reconocer la capacidad de gestión de las organizaciones indígenas y su derecho a participar en la administración pública, sobre todo, en el diseño

y ejecución de las acciones que a ellos les afectan directamente. De manera especial se recomendó contar con las organizaciones indígenas, independientes y autónomas en las acciones que se acuerden en dicho Congreso y las que se efectúen en la ejecución del Plan Quinquenal de Acción Indigenista Interamericano presentado ante la OEA en 1979. Finalmente, se recomendó a los gobiernos a que procedan a realizar una revisión de las legislaciones vigentes de acuerdo a los puntos mencionados.

El cuarto punto de esta evaluación del indigenismo, se refiere a la necesidad de promover el uso de las lenguas nativas por medios legales. De manera especial se recomendó incorporar las lenguas vernáculas en los programas de educación y alfabetización de adultos que afecten a poblaciones indígenas. Asimismo, se recomendó a los gobiernos que, en pleno ejercicio de su soberanía, adopten las medidas pertinentes para asegurar el retiro de agencias extranjeras -como el Instituto Lingüístico de Verano- que por su naturaleza o su práctica etnocidas estuvieran atentado contra las culturas indígenas.^{9/}

De las veinte recomendaciones hechas en el Congreso señalado, mencionaremos aquéllas que apuntan al cambio de la política indigenista americana. Una de ellas consiste en crear una Universidad Indígena de América, con el propósito de alentar la formación del personal adecuado en varios niveles y categorías, al interior de una nueva visión que le permita al indígena rescatar su espiritualidad, su humanismo, de tal suerte que pueda aportar a la cultura universal.

De otro lado, se llamó la atención, una vez más, sobre la necesidad de legalizar sus tierras, y de restituir aquéllas que tradicionalmente ocuparon las poblaciones indígenas. Se propusieron también programas de desarrollo en áreas indígenas, los cuales debían ser considerados básicamente como el sistema por excelencia para promover la transformación de las condiciones de vida de las propias poblaciones, partiendo del principio de la plena participación y autodesarrollo. Además, poner en práctica el Plan Quinquenal de Acción Indigenista y consolidar la Comisión Amazónica (propuesta en el V Congreso), para dar soluciones a los problemas de las poblaciones amazónicas.

La orientación de los planteamientos y recomendaciones expuestos en el octavo Congreso Indigenista de Mérida, son de significativa importancia, porque apuntan a una renovación del indigenismo latinoamericano, dejando atrás acciones y teorías desarrollistas, que daban prioridad a demandas que no necesariamente beneficiaban a las poblaciones indígenas.

II. El Instituto Indigenista Interamericano

El Instituto Indigenista Interamericano, I.I.I., es el órgano ejecutivo de la política indigenista interamericana, encargado de cumplir las resoluciones de los Congresos, de orientar y coordinar la política indigenista en todo el continente. El Consejo Directivo está integrado por representantes, preferentemente técnicos, de los países signatarios de la Convención de 1940. El Comité Ejecutivo está integrado por cinco miembros que deben ser ciudadanos de los Estados participantes.

En marzo de 1953 el I.I.I. realizó un acuerdo con la Organización de Estados Americanos, para fijar de manera concreta y en base a las resoluciones tomadas en Conferencias Internacionales Americanas, las relaciones entre ambos organismos:

- a) Reconocimiento del I.I.I. como "Organismo Especializado Interamericano", así como de su autonomía técnica y administrativa en la realización de sus objetivos.
- b) La OEA y el I.I.I. mantendrán amplio intercambio de informaciones, publicaciones y documentos. Especialmente el I.I.I. enviará su presupuesto a la OEA, así como la relación de cuotas de los Estados que podrán pagarse directamente al I.I.I. o por medio de la OEA.^{10/}

Además de haber organizado los ocho Congresos Indigenistas mencionados, desde su fundación el I.I.I. ha patrocinado y colaborado en distintos proyectos piloto, por ejemplo:

- Durante las décadas de los cuarenta y cincuenta, se llevaron cabo algunos estudios de comunidad, sobre la evolución social.

y los procesos de aculturación, así como la situación de la mujer indígena, en México, Panamá y Perú, teniendo en vista siempre las implicaciones prácticas de los resultados en función de las políticas de integración nacional;

- en 1960, se inició un ensayo de mejoramiento indígena, bajo el título de "Centros piloto y adiestramiento de técnicos en el desarrollo de la comunidad", en una comunidad indígena de México;
- en 1962, a raíz de un convenio entre el Instituto y la OEA para la asistencia técnica, se impartieron cursos de adiestramiento en técnicas de desarrollo de la comunidad en México y en Bolivia (Proyecto 208 de la OEA);
- en 1976, el Instituto realizó cursillos de adiestramiento de personal indigenista a los funcionarios de la Misión Andina de la OIT, en Ecuador. En ese mismo año, se impartió un cursillo de adiestramiento y divulgación antropológica en Guatemala.^{11/}

Además de las investigaciones ya mencionadas, el Instituto patrocinó otras investigaciones con el propósito de ayudar a la formación de nuevos investigadores. Entre las más importantes citaremos las siguientes:

- a) Reconocimiento sociocultural en Colombia y Brasil;
- b) evaluación general de la obra realizada por el Centro Coordinador Tzeltal- Tzotzil del Instituto Nacional Indigenista de México;
- c) estudios sobre las artesanías en América;

d) investigación para demarcar las áreas socioculturales de Bolivia;

e) investigaciones sobre el uso de la coca en la zona andina.^{12/}

En 1979 se suscribe el Tratado de Cooperación Amazónica por los cancilleres de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Surinam y Venezuela, en una reunión propiciada por el I.I.I., producto de una de las recomendaciones del V Congreso realizado en Quito, Ecuador.^{13/}

También en 1979, ante la Asamblea General de la OEA, el Director del Instituto presentó el Plan Quinquenal de Acción Indigenista Interamericano, que según sus palabras contempla un esfuerzo mancomunado entre organismos estatales, internacionales y privados, para la gigantesca y postergada tarea de borrar las diferencias económicas, sociales y políticas que marginan a la población indígena en sus países. El Plan contempla la necesidad de crear nuevas bases para el desarrollo económico y social equilibrado y autosostenido que, junto con el cambio económico, permita la reafirmación positiva de la identidad indígena y su desarrollo en beneficio propio y de las naciones de las cuales forman parte.^{14/}

Finalmente, en 1980, conjuntamente con el CREFAL, el Instituto organizó la Reunión Regional de Especialistas sobre Educación Bilingüe-bicultural, celebrada en Pátzcuaro, México. Y en 1981 realizó un convenio de asistencia técnica con la Corporación Andina de Fomento.^{15/}

III. Los Institutos Indigenistas Nacionales

A) Orígenes y principios

Para los fines de este esbozo sobre el carácter y actividades de las Instituciones Indigenistas Latinoamericanas, tomamos únicamente aquellos países en los cuales se han llevado a cabo los Congresos Indigenistas Interamericanos y porque de alguna manera son los países más representativos en cuanto a población indígena se refiere. Ellos son: Bolivia, Guatemala, Ecuador, México, Brasil y Perú. (Véanse también los capítulos monográficos sobre cuatro de estos países más adelante).

La creación de las agencias indigenistas a raíz del llamado hecho en el Primer Congreso Indigenista Interamericano, no fue de manera simultánea, en todo caso éstas fueron surgiendo de acuerdo a las necesidades socioeconómicas de cada país.

Antes de 1950 en algunos países ya existían organismos oficiales encargados de tratar los problemas referentes a las poblaciones indígenas, como por ejemplo en México el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas creado durante el Gobierno del Presidente Lázaro Cárdenas, y en Brasil el Servicio de Protección del Indio fundado en 1910.

En el caso de México el mencionado Departamento fue sustituido en 1948 por el Instituto Nacional Indigenista (INI) con personalidad jurídica propia. Su labor consistía en tratar integralmente el problema indígena, de manera que desarrollara con especial atención la promoción económica, la infraestructura básica, la agricultura, y la planeación de tierras, bosques y aguas. 16/ En

sustituido por la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) en 1967, con las siguientes atribuciones: administrar el patrimonio indígena en el sentido de su conversión, ampliación y valoración, promover estudios, proyectos o investigaciones científicas sobre el indio y los grupos sociales indígenas. Asimismo, promover en favor de los indígenas, asistencia médico-sanitaria y educación de base apropiada para lograr su progresiva integración a la sociedad nacional.]

El Instituto Indigenista Peruano fue fundado en 1946 con el propósito de cooperar a la acción que el Estado realiza en la solución de los problemas indígenas.

En 1945, por acuerdo gubernamental fue creado el Instituto Indigenista guatemalteco como dependencia adscrita al Ministerio de Educación. Según el reglamento del Instituto sus atribuciones son las siguientes: iniciar, dirigir, coordinar y emprender investigaciones y encuestas de carácter científico, que tengan aplicación a la solución de los problemas indígenas o que ayuden al mejor conocimiento de los mismos, aunque no tengan aplicación práctica inmediata. Apoyar a las oficinas gubernamentales sobre temas indígenas. Proponer al gobierno soluciones para incorporar al "indio" a la cultura general del país y finalmente cooperar con el Instituto Indigenista Interamericano.^{17/}

Los gobiernos de Bolivia y Ecuador fueron los primeros en crear sus respectivas agencias indigenistas después de realizado el Primer Congreso en Pátzcuaro, 1940. El Instituto Indigenista Bolivia no fue fundado en 1941 como dependencia del Ministerio de Educa-

ción, con el nombre de Departamento de Asuntos Indígenas y Bellas Artes. Tenía entonces una sección jurídica, otra económica y otra de extensión cultural. Sus actividades eran realizadas sin mayor proyección al indigenismo, ya que en ese momento el propio gobierno no carecía de una política para con los indígenas. No hay que olvidar que Bolivia en esa época mantenía en el campo aún relaciones feudales.^{18/}

En el caso de Ecuador el Instituto fue fundado en 1942, como entidad privada. Sus estatutos establecen que el objetivo primordial es el de estudiar el problema indígena en todos sus aspectos, como problema propio del país, para procurar el mejoramiento de las condiciones de vida del indio ecuatoriano y, en general, con su mejoramiento en todo el continente.^{19/}

B) Actividades de los Institutos Indigenistas Nacionales

Una de las actividades más importantes del INI mexicano consiste en la creación de los Centros Coordinadores, cuyo sentido y orientación funcional los convierte en el pivote fundamental de la acción indigenista. Fue el antropólogo Aguirre Beltrán quien inició en la práctica y desarrolló teóricamente la formación de los Centros Coordinadores. Inicialmente estos Centros fueron instalados en los núcleos urbanos desde donde se difundía la acción indigenista a las "regiones de refugio". Su labor consistía en realizar una acción de tipo integral, coordinando las actividades de las agencias administrativas que trabajaban en dichas regiones. En la última década, los Centros Coordinadores han sido instalados di-

rectamente en zonas indígenas, con el propósito de diluir los nexos de dependencia entre la comunidad y los centros urbanos.

Desde 1950 en que se creó el primer Centro Coordinador en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, hasta la fecha han sido instalados 84 Centros Coordinadores, que prácticamente cubren todas las zonas donde existe población indígena. Ahora bien, el Instituto no siempre ha contado con el mismo apoyo por parte de las autoridades gubernamentales, de manera tal, que la acción indigenista muchas veces se ha visto limitada y por ende no toda la población ha recibido los beneficios de su acción. Por ejemplo, desde 1950 hasta 1970 sólo se instalaron 11 Centros Coordinadores que cubrían las regiones supuestamente más conflictivas. A partir de 1970 la situación cambió, y en sólo 10 años se crearon otros 77 Centros Coordinadores.

La labor desempeñada por el INI en los Centros Coordinadores durante sus 34 años de existencia, ha sido el de incidir en la integración de los 59 grupos indígenas a la sociedad nacional bajo los principios establecidos en cada uno de los Congresos Indigenistas Interamericanos.

Es necesario señalar que el indigenismo mexicano ha jugado un papel relevante en el continente, en virtud que tanto los principios fundamentales que lo sustentan, como la proyección metodológica del tratamiento regional coordinado, fueron acogidos y aprobados por los Congresos Indigenistas.

La actual política indigenista mexicana, plantea la necesidad que sean los propios indígenas quienes activamente participen en

los planes y proyectos encaminados a poner solución a sus problemas. Que sean, asimismo, los indígenas gestores de su propio desarrollo a partir de su participación organizada, y que sean ellos quienes dirijan las dependencias que tengan que ver con su realidad. Un ejemplo de esta política es que actualmente la Dirección General de Educación Indígena de la Secretaría de Educación Pública, es dirigida por un maestro indígena bilingüe.^{20/}

Otra de las actividades del INI ha sido la creación de radio-difusoras ubicadas en zonas indígenas. Además ha participado en la creación de albergues escolares y escuelas de enseñanza secundaria. Cabe mencionar también la labor desempeñada por el Instituto en la realización y difusión de monografías, investigaciones sobre cada grupo indígena, así como la realización de audiovisuales, corto-metrajés y la publicación del boletín México Indígena.^{21/}

En cuanto a la Fundación Nacional del Indio en Brasil, sus actividades se han visto un tanto limitadas por la propia orientación que le imprime el Estado "puesto que rechaza lo que él llama integracionismo precipitado de origen burdamente empírico y de antropologismo primitivista, que pretende conservar a los indios en un museo". Por ello, el FUNAI se rige por las directrices trazadas por la Oficina Internacional del Trabajo, y considera por último, más importante la ayuda y colaboración de las misiones religiosas, que la cooperación del Instituto Indigenista Interamericano.^{22/}

Según un estudioso brasileño el FUNAI opera en el medio indígena con una mentalidad empresarial en cuanto a la integración de los indígenas a la sociedad nacional, trata de introducir costumbres modernas de trabajo y una tecnología productiva, sin tomar en cuenta la situación etno-sociológica de las poblaciones indígenas.^{23/}

Ante la incursión de las empresas privadas nacionales y de las transnacionales en las zonas indígenas, generalmente ubicadas en la Amazonia, para el usufructo de la tierra y del caucho, el FUNAI se ha concretado desde su fundación a crear grandes parques nacionales en donde los grupos indígenas puedan refugiarse y estar "a salvo". Este tratamiento para con la población indígena no es nueva. Ya en 1961 el Estado ante la imposibilidad de reglamentar el uso de la tierra, dispuso a través de una ley ordinaria la creación de nueve parques o reservas forestales. Entre los más importantes y significativos por sus resultados, se encuentran el Parque de Siete Quedas y el Xingu, estas reservas forestales varían entre 10 mil y 38 mil kilómetros cuadrados. Hay que mencionar que las transformaciones políticas en los últimos años en el Brasil han conllevado a que estos planes no alcancen el nivel de realización concreta. Sin embargo, el parque que se salvó fue el Xingu, sometido en la actualidad a un control especial.^{24/}

En cuanto a las actividades del Instituto Indigenista Peruano, éstas han sido muy limitadas y de muy poca significación por el poco apoyo del gobierno. Su primera labor se concretó en realizar estudios de las distintas zonas indígenas. En 1951 el Ins-

tituto empezó a trabajar en proyectos de desarrollo de la comunidad, entre ellos está el de Vicos, cuyo propósito consistió en entregar a los indígenas en propiedad la hacienda Vicos. Otros proyectos realizados en la misma época fue el de Puno-Tampupata, el cual trató de resolver el problema de la migración temporal de los indígenas de Puno que se trasladaban al Valle de Tampupata. Paralelamente el Instituto impulsó con la Misión Andina, técnicas de cultivo, con la finalidad de mejorar el cultivo en algunas comunidades.^{25/}

A partir de 1966 el Instituto se fue deteriorando y finalmente, perdió su autonomía al ser integrado al Ministerio de Trabajo para cumplir dos funciones: investigar la realidad económica y social de las zonas indígenas y formar personal adecuado. Sin embargo, en 1968 el gobierno creó la Dirección de Comunidades, la cual asumió las funciones de investigación, de manera tal que el Instituto sólo se dedicó a capacitar personal. En la actualidad, con el gobierno de Belaunde Terry el Instituto ha sido rehabilitado por medio de decreto presidencial en 1981.^{26/}

A principios de 1970 el gobierno peruano creó la Oficina Nacional de Desarrollo de la Comunidad, este organismo surgió a raíz de un convenio entre el gobierno y el Banco Internacional de Desarrollo. La ONDC es un organismo integrado por distintas instituciones del Estado que de alguna manera tienen que ver con los programas de desarrollo comunal. Su principio operativo es de coordinar la acción de diversas carteras ministeriales y de sus múltiples agencias, con el fin de unificar criterios y métodos de acción y centralizar fondos y servicios.

La ONDC al actuar, no discrimina entre comunidades indígenas y comunidades mestizas, a todas trata de ayudar con su acción desarrollista. Es importante mencionar el por qué la ONDC no distingue a las comunidades a la hora de aplicar sus programas. Esto se debe a que en junio de 1969 por decreto-ley 17716 las Comunidades Indígenas se llamarán -en lo sucesivo- Comunidades Campesinas, esto porque el gobierno peruano se ha pronunciado en contra del término indígena porque contiene elementos discriminatorios. Otro principio que regula la acción de la ONDC constituye la participación de la comunidad en las obras de desarrollo. Sin embargo, para Alejandro Marroquín, se trata de una participación meramente física que en el fondo, significa explotar la poca energía que todavía le queda al campesino.^{27/}

Tomando en cuenta las dificultades a las que se enfrentó la reforma agraria peruana emprendida en 1969, uno de sus logros en lo que se refiere a la población indígena, ha sido el apoyo a los hábitos tradicionales del indígena, particularmente de tipo económico, para formar cooperativas agrarias. En ese sentido la reforma agraria peruana al expropiar las haciendas ha buscado crear formas de cooperativas sustentadas en los propios peones.

En lo que respecta a las poblaciones selvícolas del Amazonas, el gobierno sigue una política totalmente distinta en relación con la población indígena de la sierra, por ejemplo, en 1979 promulgó un decreto-ley que reconoce la existencia legal y la personería jurídica de las comunidades nativas de la selva. La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural será quien

conduzca el proceso de transformación y programación de las tierras. Las comunidades nativas son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro de los marcos que establece la ley.^{28/}

El punto de partida del Instituto Indigenista Guatemalteco fue la preparación teórico-antropológica de su personal encargado de actuar en el campo, sobre todo para preparar informantes indígenas destinados a información lingüística. Esta labor no duró muchos años. La labor de investigación ha sido importante, en la medida que ha realizado 253 monografías de las comunidades indígenas; además, ha organizado un archivo de datos culturales que por su importancia es el primero de América Latina. Asimismo, ha elaborado dos mapas lingüísticos, como también colecciones de música indígena.

De otro lado, ha elaborado alfabetos de varias lenguas indígenas, cartillas para la alfabetización y ha participado en proyectos de mejoramiento integral en varias comunidades, tales como Chayaca y San Antonio Aguas Calientes.

También inició una campaña de protección y defensa de las industrias textiles indígenas, habiéndose logrado la formación de cooperativas textiles. También impulsó la promulgación de una ley de la industria textil, así como una ley que reconoce los matrimonios celebrados conforme a los rituales de las poblaciones indígenas. Ambas leyes fueron traducidas a las lenguas nativas para su divulgación en las comunidades.

La participación del instituto guatemalteco durante sus primeros años de vida se orientó a trabajos de recuperación de tierras, consultorios médicos, cooperativas, etc. Mantuvo durante un tiempo la publicación de dos periódicos, el Boletín indigenista y Guatemala Indígena.^{29/}

Bolivia, país andino que posee una población indígena mayoritaria, en efecto, cuenta con un Instituto Indigenista que adquiere vida a partir de 1952, después de 11 años de creado, debido a que la revolución de abril de ese año modificó muchos aspectos de la vida de ese país. Una de sus principales actividades en esa época fue preparar el II Congreso Indigenista Interamericano, conocido como el Congreso de la Reforma Agraria, porque fue en dicho evento en el que se estudiaron de manera sistemática los problemas de dotación de tierras a las poblaciones indígenas.^{30/}

Durante esta etapa el Instituto realizó estudios etnológicos y contribuyó a la fundación del museo etnológico, sin embargo, tuvo pocas proyecciones prácticas en el ámbito del indigenismo, lo cual en buena parte se debe a la creación en 1952 del Ministerio de Asuntos Campesinos, organismos directamente involucrado con los problemas rurales.

De acuerdo con el informe de Alejandro Marroquín, el Instituto Indigenista Boliviano nuevamente adquiere cierta importancia en los años setenta, cuando pasa a depender de la Dirección de Desarrollo de Comunidades del Ministerio de Asuntos Campesinos. Sin embargo, al igual que el instituto peruano, sus actividades se limitaron a la investigación y entrenamiento de personal. Uni-

camente para relaciones internacionales el Instituto funciona como tal, al interior desaparece y todo el personal, sin ninguna autonomía, forma parte de la dependencia antes mencionada.^{31/}

La situación del Instituto Indigenista del Ecuador, al igual que los antes mencionados, cuenta con muy poco apoyo gubernamental. Entre las pocas actividades que ha podido desarrollar mencionamos las siguientes: la preparación del V Congreso Indigenista y la organización de exposiciones sobre el folklore indígena. En 1970 preparó una mesa redonda de indígenas, así como museos de artesanías. Ha emitido becas para que estudiantes indígenas estudien en la Escuela Normal. Con muchas dificultades económicas ha logrado realizar algunas publicaciones, especialmente la revista Atahualpa.

Entre otras de sus limitadas actividades, dicho Instituto ha realizado tareas conjuntas con la Misión Andina, entidad producto de un convenio con la OIT, la FAO, la UNESCO y OMS para la penetración técnica destinada a apoyar y promover la incorporación económica y social de la población indígena dentro de la comunidad nacional. Esta entidad en 1963 pasó a depender del Ministerio de Gobierno ecuatoriano y fue entonces cuando se convirtió en Misión Andina de Ecuador, gracias al apoyo de un préstamo internacional.^{32/}

IV. Otras entidades que hacen indigenismo en América Latina

[En el caso de México, el Instituto Nacional Indigenista no es el único organismo oficial que hace indigenismo. Las Secretarías de Estado, participan colateralmente para llevar adelante la política indigenista aprobada por el gobierno mexicano. Por ejemplo: las Secretarías de Reforma Agraria, Salubridad y Asistencia y Educación Pública.]

En Brasil, las entidades religiosas juegan un papel muy importante en la labor indigenista y además cuentan con el apoyo gubernamental para realizar libremente sus acciones; por ejemplo, la Misión Anchieta de los jesuitas, el Instituto Lingüístico de Verano, la Misión Luterana, el Consejo Indigenista Luterano y otras misiones de origen austríaco.

En Guatemala existen entidades de la más variada índole, todas con mayor o menor intensidad actúan en el medio indígena, pero sus criterios y orientaciones son en la mayoría de los casos contradictorios. Unas estimulan determinados aspectos del desarrollo de la comunidad, otras hacen labor de catequización o se limitan simplemente a hacer obras de caridad.

De las 66 agencias indigenistas que existen en Guatemala, según datos proporcionados por Alejandro Marroquín, 23 son oficiales, como por ejemplo la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala, Sección de Educación Básica, Instituto Nacional de la Vivienda, Dirección General de Caminos, etc. Entre las extranjeras se encuentran: Voluntarios del Papa para América Latina, Padres Maryknol, Instituto Lingüístico de Verano, Hermanas Benedictinas, Servicio de Información de los Estados Unidos, etcétera.

Respecto al Perú, de las 35 entidades existentes, sus actividades se realizan fundamentalmente en comunidades nativas de la región llamada Ceja de Selva o en la selva amazónica

Algunas de ellas son: Centro de Promoción Amazónica, Apoyo Luterano Mundial, Instituto Lingüístico de Verano, Fundación Inglesa, Congregación de los Padres Pasionistas, Misión Suiza, Organización Mundial de Inglesas, etcétera.

En el Ecuador se encuentran presentes las Misiones Católicas de Dominicos, Franciscanos, Salesianos, y entre otros el Lingüístico de Verano. Bolivia no podía escapar de la ayuda religiosa y de organismos internacionales. A través del programa de Desarrollo de la Comunidad colaboran la OIT, UNESCO, FAO, OMS, también se encuentra la Oficina Internacional del Trabajo, USAID, el Lingüístico de Verano, los Cuerpos de Paz de Estados Unidos, y entidades jesuitas como el Centro de Investigación y promoción del Campesinado, CIPCA. ^{33/}

Notas al capítulo IV

1. Comas (1976), p. 48-49.
2. Marroquín (1977), p. 60.
3. Rubio Orbe (1977 a).
4. Caso (1971).
5. Instituto Indigenista Interamericano (1941), p. 9.
6. Caso.
7. Rubio Orbe (1977 b), p. 7.
8. Instituto Indigenista Interamericano (1981).
9. Instituto Indigenista Interamericano (1980) p. 237.
10. Marroquín, p. 66.
11. Comas, p. 67.
12. Marroquín, p. 74.
13. Instituto Indigenista Interamericano (1981), p. 3.
14. Instituto Indigenista Interamericano (1979), p. 13.
15. Instituto Indigenista Interamericano (1982), p. 205.
16. Marroquín, p. 190.
17. Ibid., p. 29.
18. Ibid., p. 264.
19. Ibid., p. 271.
20. Instituto Nacional Indigenista (1979), p. 9.
21. Marroquín, p. 107.
22. Ibid., p. 222.
23. Ibid., p. 225.
24. Ibid., p. 227.
25. Ibid., p. 194.

26. Ibid., p. 196.
27. Ibid., p. 198.
28. Ibid., p. 203.
29. Ibid., p. 132.
30. Ibid., p. 263.
31. Ibid., p. 264.
32. Ibid., p. 173.
33. Ibid.