

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

# Identità dei Popoli Indigeni: *aspetti giuridici, antropologici e linguistici*

Seconda fase del Seminario sull'identità linguistica dei popoli  
indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo

Siena, 4 e 5 giugno 2007

A cura di

Antonio Luigi Palmisano  
Pietro Pustorino



Instituto Italo-Latino Americano



Università di Siena



Ministerio de Educación y Cultura  
Comisión Nacional de Bilingüismo

## INDICE

### PREFAZIONE

pa

### INTRODUZIONE

Le identità delle comunità indigene e l'identità indigena

*Antonio Luigi Palmisano*

Cenni introduttivi alla protezione internazionale e interna dei popoli indigeni

*Pietro Pustorino*

### PARTE I: ASPETTI GIURIDICI

1.1 La protezione dei popoli indigeni nel diritto internazionale

*LA NORMATIVA INTERNAZIONALE A PROTEZIONE DEI POPOLI INDIGENI*

*Riccardo Pisillo Mazzeschi*

*RIPARAZIONE PER LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI:*

*QUALE RUOLO PER IL DIRITTO INTERNAZIONALE?*

*Francesco Francioni*

*IN TEMA DI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI SULLE RISORSE NATURALI*

*DI INTERESSE DELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE E SULLE RISORSE*

*NATURALI CONDIVISE FRA PIÙ STATI*

*Roberto Virzo*

*BIOPROSPECTING NELLE ANDE: CONSIDERAZIONI IN MERITO ALLE*

*DECISIONI 39/11996 E 486/2000 DELLA COMUNITÀ ANDINA*

*Simone Vezzani*

1.2 La protezione dei popoli indigeni negli ordinamenti interni

*IL RICONOSCIMENTO DELLA INDIGENOUS DIFFERENCE*

*NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE CANADESE*

*Eleonora Ceccherini*

<p>LA TUTELA DEI POPOLI INDIGENI IN AFRICA Anna Di Lieto</p>	117	<p>CULTURA Y EDUCACIÓN INDÍGENA SU MARCO JURÍDICO EN PARAGUAY Aída Torres de Romero</p>	30
<p>L'ESPERIENZA DEI PAESI SCANDINAVI: IL CASO DEL POPOLO SÁMI Stefania Errico</p>	151	<p>AS LEIS DA EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO BRASIL Marcia Moraes Blanck</p>	30
<p>A BRIEF INTRODUCTION TO FEDERAL AMERICAN INDIAN LAW AND ITS EFFECTS ON AMERICAN INDIAN TRIBAL LAW Sarah Krakoff</p>	169	<p>L'IDEA DI COMUNITÀ COME MITO POLITICO Václav Belohradsky</p>	34
<p>L'ESPERIENZA NORMATIVA DEI PAESI DEL MERCOSUR Marzia Rosti</p>	187	<p>DICHIARAZIONE DI SIENA</p>	30
<p>PARTE II: ASPETTI ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI</p>	223		
<p>LO INDÍGENA EN URUGUAY: DESDE LA CREACIÓN DEL ESTADO NACIÓN HASTA LA ACTUALIDAD Carmen Curbelo</p>	225		
<p>DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA. UN PUNTO DE VISTA ANTROPOLÓGICO-JURÍDICO SOBRE EL FUTURO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DEL CONTINENTE Antonino Colajanni</p>	245		
<p>DIRITTO CONSUETUDINARIO E COMUNITÀ INDIGENE DI FRONTE AL DIRITTO STATALE E INTERNAZIONALE IN AMERICA LATINA: UNA PROSPETTIVA ANTROPOLOGICA Antonio Luigi Palmisano</p>	263		
<p>INTERVENTO INTRODUTTIVO SU "L'IDENTITÀ DEI POPOLI INDIGENI: ASPETTI GIURIDICI, ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI" Luigi Maria Lombardi Satriani</p>	283		
<p>LENGUAS EN DESPLAZAMIENTO Y EIB EN ARGENTINA. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LAS IDEOLOGÍAS DEL LENGUAJE Y LAS ACCIONES DE REVITALIZACIÓN Marisa Censabella</p>	289		

## L'ESPERIENZA NORMATIVA DEI PAESI DEL MERCOSUR

Marzia Rosti\*

SOMMARIO: 1. La formazione delle nazioni nell'America latina dell'800 e le popolazioni indigene - 2. I diritti indigeni in America latina: diritti collettivi e diritti culturali - 3. Lo studio dei diritti indigeni in America latina - 4. I popoli indigeni in Argentina: dall'eliminazione al riconoscimento - 4.1. I diritti indigeni sulla terra: aspetti e problemi - 4.2. Il riconoscimento del diritto di proprietà comunitaria della terra nelle province della Patagonia - 4.3. La richiesta di tutela dell'ambiente avanzata dalle comunità originarie - 4.4. L'Associazione Lhaka Honhat nella provincia di Salta e l'intervento della Comisión Interamericana - 5. Il caso del Paraguay: "Cuantos más derechos sean reconocidos, más derechos son violados o negados" - 5.1. La legislazione vigente - 10. L'intervento della Corte Interamericana de los Derechos Humanos - 6. Il Brasile: il problema della demarcazione delle "riserve indigene" - 6.1. La Costituzione del 1988 - 7. Il Cile: il mancato riconoscimento dei diritti indigeni. Una strategia politica? - 7.1 L'assimilazione delle popolazioni indigene - 7.2 La ley indígena del 1993 - 7.3 Il problema della tutela dei diritti sulla terra e sulle risorse naturali nel Cile odierno - 8. Conclusioni.

### *1. La formazione delle nazioni nell'America latina dell'800 e le popolazioni indigene.*

Nell'America latina del XIX secolo la necessità di consolidare l'identità nazionale degli Stati nati dallo smembramento dei vicereami coloniali spagnoli fece sì che le élites politiche, composte da criollos e da meticci, promuovessero una nazione a loro immagine e somiglianza. Mentre erano ancora in corso gli scontri fra gli eserciti rivoluzionari-nazionali e quelli spagnoli-coloniali, i nuovi governi indipendenti abolirono la schiavitù e i privilegi nobiliari ed ecclesiastici dell'élite coloniale e abrogarono inoltre gli istituti del repartimiento, della mita e dell'encomienda<sup>1</sup>.

La categoria di cittadino venne estesa a tutti gli individui, senza alcuna distinzione e discriminazione di genere, di razza o d'etnia d'origine, mediante le Costituzioni dei nuovi Stati indipendenti che, a metà dell'800, proclamarono l'uguaglianza dei cittadini dinanzi

\* Ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Milano.

<sup>1</sup> Sugli istituti giuridici dell'epoca coloniale la bibliografia è vasta. Si rinvia comunque alle opere fondamentali di A. GARCIA-GALLO, G. TOSI, *La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul Nuovo Mondo (1510-1573)*. "Veri domini" o "servi a natura", in "Divus Thomas", 33, 3-2002; A. LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1991, t. III, p. 260 e ss. e al recente studio di A. A. CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Bari-Roma, 2007, p. 66 ss.



alla legge: una legge che sarebbe stata *una sola* per tutti gli individui, che avrebbero poi fatto parte di *una sola* nazione e di *un solo* popolo. A ciò si aggiunsero i discorsi dell'epoca sulla nazionalità - ad esempio argentina, cilena, messicana o peruviana - nei quali non si fece alcun riferimento alla componente indigena della popolazione, anche quando ne costituiva la maggioranza<sup>2</sup>: in sostanza, che gli indigeni fossero una maggioranza o una minoranza della popolazione complessiva non importava, poiché - di fatto - erano trattati come minoranza da parte di coloro che effettivamente erano una minoranza e che si atteggiavano a maggioranza<sup>3</sup>. In realtà, le popolazioni indigene furono oggetto di un'assimilazione coatta<sup>4</sup> - giungendo in alcuni momenti persino ad essere eliminate fisicamente - per realizzare l'ideale di comunità politica omogenea, ove i cittadini condividessero la mede-

<sup>2</sup> Le popolazioni indigene in America latina non sempre costituiscono una minoranza all'interno dei singoli Stati, benché siano trattate come tali. Le due regioni a più alta densità indigena sono la cordigliera delle Ande e la fascia mesoamericana e in alcuni paesi di queste aree gli indigeni costituiscono o quasi la maggioranza della popolazione: ad esempio, la Bolivia ha circa il 62% della popolazione indigena e in Perù il 54% è indigena e il 32% è meticcia. In altri paesi, come ad esempio il Messico o l'Honduras, la popolazione indigena supera il 10%, l'Argentina è intorno al 3%, il Paraguay all'1,7%, il Brasile al 4% e il Cile al 4,6% (IWGIA, *El mundo indigena*, 2007).

<sup>3</sup> In questo contesto si utilizzerà l'espressione "minoranza/minoranze" per indicare la componente indigena delle popolazioni all'interno dei singoli Stati, essendo chiare le differenze che esistono fra il termine "minoranza/minoranze" e "popolazioni indigene". Una minoranza o gruppo minoritario è "un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione dominante, i cui membri - essendo di nazionalità dello Stato - possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano anche solo implicitamente un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizione, religione o lingua". In questo caso gli individui sia della maggioranza sia della minoranza hanno in comune l'elemento della nazionalità, mentre le popolazioni indigene hanno, oltre al dato quantitativo, cioè l'essere spesso numericamente inferiori, il dato storico, cioè il fatto d'avere subito un "processo di sovrapposizione" da parte di un altro gruppo, che si configura come dominante. La definizione di identità collettive indigene del *Rapporto Cobo* del 1983, condivisa da più parti, evidenzia il dato storico e il processo di sovrapposizione, così recitando: "Sono indigene quelle comunità, popoli o nazioni che, avendo una continuità storica con le società sviluppatesi nei loro territori nel periodo precedente all'invasione e alla colonia, considerano loro stesse distinte dagli altri settori delle società che oggi prevalgono in quei territori e delle quali sono parte. Esse formano oggi settori non dominanti di società e sono determinate a preservare, sviluppare e trasmettere alle future generazioni i loro territori ancestrali e la loro identità etnica, come basi della continuazione della loro esistenza come popoli, in accordo coi loro percorsi culturali, con le loro istituzioni sociali e i loro sistemi legali [...]. Su base individuale, una persona indigena è un individuo che appartiene a queste popolazioni indigene attraverso l'autoidentificazione come indigeno (coscienza di gruppo) ed è riconosciuto e accettato dalle stesse popolazioni come uno dei propri membri (accettazione da parte del gruppo)".

Cfr. per minoranza, la parte iniziale del saggio di E. CECCHERINI (che riprende la nota tesi di CAPOTORTI), *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, in G. ROLLA (a cura di), *Eguale, ma diversi. Identità e autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, 2006, p. 58 ss. Per la definizione di popolazioni indigene, cfr. *Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 e si rinvia anche all'art. 1 della Convenzione OIL n. 169.

<sup>4</sup> R. STAVENHAGEN, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2000, pp. 96-97, e *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, consultabile sul sito [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia03\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371963122385973092257/isonomia03/isonomia03_05.pdf).

sima cultura, lingua e discendenza. Alla base del rifiuto della specificità e della peculiarità della cultura indigena vi era l'idea che l'indigeno fosse un selvaggio, al quale si dovesse fare guerra oppure che fosse da sfruttare come mano d'opera a basso costo come ai tempi coloniali o, infine, che si dovesse proteggere, in quanto ignorante e incapace, e che si dovesse guidare il suo inserimento nella società civilizzata. Ciascuno Stato dell'America latina elaborò così una propria e peculiare strategia di repressione o di negazione dell'esistenza o di segregazione della popolazione indigena presente sul proprio territorio<sup>5</sup>. Ne risultò che ad una nazione *formale* bianca e omogenea se ne contrappose una *reale ed effettiva*, composta da coloro che, non identificandosi con la cultura dominante, andarono a ingrossare le classi sociali più povere ed emarginate. Agli estremi si collocarono poi, da una parte, coloro che giunsero persino a rifiutare ogni contatto con la società dominante, isolandosi nel proprio ambiente naturale, e dall'altro, coloro che negarono le proprie radici, sino ad accogliere il modello di cultura dominante pur di essere accettati e assimilati nella società.

Nei primi decenni del XX secolo in alcuni paesi latino-americani fiorirono dibattiti fra gli intellettuali sulla posizione e il ruolo della componente indigena della popolazione nelle rispettive società dell'epoca e le sue prospettive. Il movimento culturale che ne derivò, noto come indigenismo<sup>6</sup>, interessò la letteratura, la pittura, il teatro e la musica e coinvolse anche le istituzioni dei singoli Stati, che promossero politiche "indigeniste", accogliendo però ancora l'ideologia delle classi dominanti che prevedevano programmi d'integrazione unilaterali e asimmetrici. In generale, trattandosi di una politica di colonialismo interno, si generarono resistenze da parte delle popolazioni indigene, che iniziarono spontaneamente ad organizzarsi in associazioni.

Nella seconda metà del '900, la conclusione dei regimi autoritari nella maggior parte dei paesi e la sempre maggior consapevolezza da parte degli indigeni della propria differenza e specificità culturale da tutelare diedero forza ai movimenti indigeni, che si presen-

<sup>5</sup> Nella seconda metà del XIX secolo, la Conquista del Desierto e la Guerra del Chaco, in Argentina, o la Pacificación de la Araucanía, in Cile, si giustificavano perché furono inserite nei progetti di consolidamento del potere e di sviluppo economico delle rispettive nazioni, oltre alla necessità di rafforzare il controllo sul territorio.

<sup>6</sup> Bengoa ne indica gli elementi caratteristici: "la denuncia de la opresión del indio, la búsqueda de políticas de superación de la situación indígena por el camino de su interacción al conjunto de la sociedad y la manifestación [...] del carácter mestizo, indoamericano, del continente". L'indigenismo, proponendosi il "rescate de lo indígena para afirmar una identidad compleja, propia, autónoma y diferenciada de la cultura occidental [...] ha sido y es principalmente una ideología de no indígenas, aunque ha habido numerosas indígenas indigenistas": J. BENGÓA, *La emergencia indígena en América latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago del Cile, 2000, p. 205.

Già nel 1927 in Perù, Mariátegui e Sánchez diedero vita a una nota polemica, cui si aggiunsero le riflessioni negli anni '40 di Villoro, in Messico, e di Marzal, ancora in Perù, che si soffermarono più sulla concettualizzazione dell'indio nei rispettivi paesi, proponendo una periodizzazione dell'indigenismo. Per un primo approccio all'argomento, si rinvia a L. PRANZETTI, *Le mani sugli indios*, Reggio Emilia, 2007, p. 57 ss.

tarono sia nelle rispettive nazioni sia a livello internazionale con richieste e rivendicazioni meglio definite<sup>7</sup>.

Ciò mise in crisi le tradizionali concezioni dell'identità nazionale degli Stati, formatesi e consolidatesi nel corso del secolo precedente sulla base di una politica dell'uguaglianza che aveva in realtà appiattito le differenze etniche, culturali e giuridiche, generando una discriminazione sostanziale. Nell'ambito dei diritti, emerse il contrasto fra universalismo dei diritti e particolarismo delle culture, poiché - come spiega la Galeotti - in generale l'inclusione nella cittadinanza delle minoranze "attraverso l'estensione dei diritti individuali non riesce a rendere i nuovi arrivati cittadini a pieno titolo, dotati di uguale dignità e rispetto, pienamente partecipi alla vita associata e civile". Si tratta di un insuccesso determinato dall'azione congiunta dell'universalità dei diritti, i cui destinatari risultano essere individui astratti da una particolare identità, e della neutralità dello Stato, che tratta i propri cittadini in maniera cieca rispetto alle differenze. Con riferimento alla situazione delle popolazioni indigene "la cecità pubblica delle differenze", sebbene sia stata "concepita come strumento antidiscriminatorio", ha prodotto effetti perversi per i membri dei gruppi indigeni - minoritari o maggioritari che fossero - poiché, da una parte, lo spazio pubblico in cui sono stati ammessi "non [era] abitato da individui privi di identità collettiva e culturale, bensì da membri della maggioranza", e perché, dall'altra, "le loro identità minoritarie e le loro appartenenze non [potevano] essere cancellate da un atto di volontà"<sup>8</sup>.

## 2. I diritti indigeni in America latina: diritti collettivi e diritti culturali.

Il dibattito multiculturale muove principalmente dall'idea di "valorizzare la differenza" e, quindi, dal bisogno di tutelare in maniera specifica i gruppi sociali minoritari rispetto a condizioni di discriminazione, povertà ed emarginazione, che la cultura dominante - prevalendo - determina. Le pratiche di assimilazione coatta o di eliminazione e di sterminio hanno messo in crisi, e ancora oggi mettono in crisi, la possibilità di sopravvivenza delle minoranze come entità sociali peculiari e differenti ed è proprio per questo che le minoranze hanno intrapreso una "lotta per il riconoscimento" della loro esistenza, che implica la rivendicazione della loro identità collettiva - cioè di valori e di pratiche sociali differenti - che li caratterizza e appunto li differenzia, rispetto a quelli della cultura dominante e che li definisce minoranze in quanto tali. Le rivendicazioni spesso non sfociano nel

<sup>7</sup> Sull'emergere dei movimenti indigeni nell'ultimo decennio e sulle rivendicazioni a livello internazionale, cfr. R. CAMMARATA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in "Sociologia del diritto", 1, 2005, p. 45 ss. e A. COLAJANNI, *Le popolazioni indigene e lo Stato in America Latina. Processi storici, dinamiche sociali e organizzazioni contemporanee, prospettive per il futuro*, in *Le piume di cristallo. Indigeni, nazioni e Stato in America Latina*, in A. COLAJANNI (a cura di), Roma, 2006, p. 7 ss..

<sup>8</sup> A. E. GALEOTTI, *I diritti collettivi*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze. Problemi etici politici e giuridici*, Torino, 2000, p. 35.

semplice e riduttivo rifiuto del linguaggio dei diritti, ma richiedono che questo venga meglio rielaborato, per garantire la sopravvivenza dei gruppi culturali minoritari, valorizzando appunto la differenza in termini di identità ed eliminando quelle condizioni che generano disuguaglianza. Una delle principali critiche è rivolta alla definizione del soggetto titolare del diritto, genericamente definito “uomo, individuo, cittadino”: si tratta cioè di un soggetto neutro, asessuato, “insensibile ai contesti, alle differenze, alle relazioni sociali”<sup>9</sup>. Ma nel definire i concetti di uomo, di individuo e di cittadino, di nuovo emerge inevitabile il legame con l’universo culturale, storico e sociale da cui gli stessi termini provengono e così il soggetto detentore di diritti fondamentali risulta essere un uomo bianco, occidentale, proprietario e individualista, i cui diritti fondamentali garantiscono una tutela contro possibili interferenze da parte dello Stato e della collettività. Si tratta però di una manifestazione della cultura occidentale, che oggi non può essere condivisa da tutti i popoli, la cui esperienza ha invece prodotto un modello differente di concepire l’uomo, il mondo e le relazioni sociali. Dare per scontato che l’accezione del soggetto dei diritti sia inevitabilmente quella occidentale crea un nesso fra diritti e appartenenza, che rischia di sfociare nell’assimilazionismo, imponendo un modello d’individuo al quale è bene conformarsi per beneficiare pienamente ed effettivamente di quei diritti.

I diritti individuali si rivelano dunque insufficienti o inadeguati a proteggere i gruppi sociali, soprattutto se si tratta di minoranze che sono state oggetto di oppressione, di assimilazione e di tentativi di eliminazione, ed è dunque necessario aggiungere o affiancare “nuovi diritti” che si presentano come diritti collettivi, culturali o di gruppo, in virtù dei quali l’individuo non è più un soggetto astratto, ma viene inserito nel contesto sociale e culturale da cui proviene e nel quale l’appartenenza religiosa, etnica, razziale e linguistica diviene l’elemento caratterizzante l’individuo stesso. Per diritti collettivi, infatti, s’intende l’insieme di diritti riconosciuti, di cui è titolare una collettività che li esercita attraverso i propri organi rappresentativi e possono essere diritti di libertà (che riconoscono autonomia patrimoniale, normativa e territoriale), diritti sociali (che riconoscono diritto a prestazioni pubbliche) e diritti politici (diritti di partecipazione e rappresentanza). Con diritti culturali si fa invece riferimento al contenuto del diritto e cioè alla tutela e alla promozione di pratiche e di comportamenti il cui esercizio fa aumentare il senso di appartenenza dell’individuo a una determinata collettività. E infine, per diritti di gruppo s’intendono quei diritti che hanno un fondamento nell’appartenenza a una collettività e possono essere individuali o collettivi<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> L. BACCELLI, *In a Plurality of Voices. Il genere dei diritti, fra universalismo e multiculturalismo*, in “Ragion Pratica”, 23, dicembre 2004, p. 484, e dello stesso autore *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell’universalismo*, Roma, 2006.

<sup>10</sup> Cfr. A. E. GALEOTTI, *I diritti collettivi*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze. Problemi etici politici e giuridici*, Torino, 2000, p. 30 ss. (Id., *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, 1999, p. 195 ss.); A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001,



Nel contesto dei diritti reclamati dalle popolazioni indigene dell'America latina<sup>11</sup> - noti come diritti indigeni - la prima e più importante rivendicazione consiste nella richiesta di riconoscimento da parte dello Stato in cui vivono della loro esistenza, o meglio "preesistenza". In questo ambito, oltre a dover determinare quali comunità riconoscere e secondo quali criteri, vi sono importanti conseguenze per quanto riguarda il riconoscimento della "preesistenza etnica e culturale", che significa in sostanza il fatto che lo Stato prenda atto che prima della sua stessa formazione su quel territorio, ove ora esercita la sovranità ed è vigente il proprio ordinamento giuridico, esistevano già quelle popolazioni indigene, che hanno dunque diritti da tutelare precedenti a quelli dello Stato e dei rispettivi cittadini e che, inoltre, sono di diversa natura. I diritti indigeni si presentano, infatti, come diritti collettivi o culturali e come tali possono determinare alcune restrizioni alle libertà e ai diritti degli individui "esterni" al gruppo. Un esempio è dato dalla rivendicazione da parte delle comunità indigene dei diritti di proprietà, d'uso e di sfruttamento della terra, ove vivono e con la quale rivelano un particolare legame socio-culturale: da quella terra traggono il proprio sostentamento, è la terra degli avi, di essa conoscono le forze racchiuse, sanno come utilizzarla senza danneggiarla, in quella terra seppelliscono i propri morti e su quella terra celebrano riti religiosi, espressione della cultura e nei quali i membri della comunità si identificano. Questa esigenza entra spesso in conflitto con progetti di sfruttamento del territorio e delle risorse di proprietari individuali o di imprese nazionali o straniere, che vantano un titolo di proprietà acquisito durante la ripartizione delle terre, secondo le politiche di assimilazione dei decenni precedenti.

Un altro aspetto importante da riferire ai diritti collettivi è il riconoscimento del diritto ad autogovernarsi - o principio di autodeterminazione interna - che senza prevedere la formazione di una nazione "indigena" all'interno dello Stato stesso, rivendica un certo grado di autonomia decisionale su questioni interne alla vita delle comunità, discostandosi dalle norme e dai precetti dell'ordinamento giuridico dello Stato. In questa prospettiva è importante che venga riconosciuta la possibilità di far ricorso agli "usos y costumbres", cioè a norme che non fanno parte dell'ordinamento giuridico dello Stato, ma che sono riconosciute valide dalla comunità stessa e applicabili per la soluzione dei conflitti o per la regolazione delle relazioni sociali. In tal senso è da tenere presente la possibilità che, oltre alla convivenza di sistemi giuridici diversi sullo stesso territorio, possano anche sorgere conflitti fra i due sistemi giuridici (statale e indigeno).

<sup>11</sup> Quando si parla di popoli indigeni ci si riferisce a circa 350-400 milioni di persone che attualmente abitano il nostro pianeta, 35 milioni dei quali vivono nelle Americhe e, di questi, 33 milioni nel subcontinente latinoamericano, sulla cui distribuzione si rinvia alla nota 2.

Nell'ambito dei diritti culturali rivendicati, particolare importanza assume ad esempio il riconoscimento del diritto di celebrare cerimonie o riti religiosi, che aumentano il senso di appartenenza alla collettività dell'individuo, al quale viene riconosciuto a sua volta il corrispondente diritto a prendervi parte. Infine, il diritto a una educazione bilingue e interculturale, che implica l'impegno da parte dello Stato di creare le strutture e le condizioni per poter offrire un sistema scolastico che tenga conto della cultura da preservare, mettendo i bambini e gli allievi nelle condizioni di poter andare a scuola, obbligando anche i genitori a mandarceli e trovando soluzioni per costruire scuole raggiungibili con maestri preparati per quel particolare insegnamento.

### 3. Lo studio dei diritti indigeni in America latina.

E' necessario precisare che la storia della rivendicazione, del riconoscimento e dell'attuazione dei diritti indigeni in America latina, dalla metà del XX secolo in poi, è diversa da paese a paese, in quanto è legata alle specifiche vicende storico-politiche delle singole nazioni, e da questa peculiarità discendono anche i diritti che vengono rivendicati e, eventualmente, attuati. Parlare di diritti indigeni in Guatemala o in Perù ha un significato differente da quello che può avere in Argentina o in Cile: in Guatemala assume particolare rilievo il diritto alla vita e all'integrità fisica, se si considera che i maya - che hanno sempre costituito la maggioranza della popolazione - sono stati trattati sin dall'epoca della Conquista come una minoranza e che, soprattutto, sono stati vittime di un vero e proprio "genocidio silenzioso", nella seconda metà del secolo scorso<sup>12</sup>. In questo specifico contesto, il diritto di proprietà comunitaria della terra può assumere importanza solo in un secondo momento e solo per quelle comunità sopravvissute che desiderassero tornare ai propri villaggi distrutti negli anni di conflitto interno. Lo stesso dicasi per il Perù, ove il fenomeno dei *desplazados*, in seguito al conflitto armato interno fra il 1980 e il 2000, ha raggiunto la cifra di più di 500.000 persone<sup>13</sup>.

Il diritto alla proprietà della terra assume invece particolare rilievo in Argentina, Brasile e Paraguay, dove le popolazioni indigene che costituiscono una minoranza hanno

<sup>12</sup> Si stima che fra il 1954 e il 1996 siano stati distrutti più di 400 villaggi, vi siano stati 626 massacri, almeno 200.000 morti, 400.000 *desaparecidos*, 1.000.000 di *desplazados* e 120.000 rifugiati in Messico. In Guatemala, il 15% della popolazione è bianca e detiene il 76% della ricchezza del paese. Il 45% della popolazione vive in condizioni di estrema povertà, dei quali il 75% è costituito dalla popolazione maya. Sul Guatemala cfr. COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (CEH), *Guatemala, Memoria del silencio*, 1999, consultabile sul sito <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/toc.html>; PROYECTO INTERDIOCESANO RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA (REMHI), *Guatemala Nunca más*, consultabile sul sito <http://www.odhag.org.gt>; J.-M. SIMON, *La Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Verdad y Justicia en Guatemala*, in "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", n. 106, 2003, e M. MAGRASSI, *Guatemala - Storia e prospettive di un paese diviso*, Napoli, 1997.

<sup>13</sup> Per il Perù si rinvia all'esauriente testo di G. CITRONI, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione verità e riconciliazione in Perù: 1980-2000*, Milano, 2004.

ottenuto negli ultimi decenni un riconoscimento costituzionale dei propri diritti e, ora, iniziano a chiedere l'attuazione concreta di quei diritti proclamati. Diritti che non sono invece ancora riconosciuti in Cile, anch'esso abitato da una minoranza di indigeni.

Lo studio dei diritti indigeni in America latina richiede quindi un'analisi delle peculiarità storiche, politiche e sociali di ogni singola nazione. Le pagine che seguono rappresentano un primo passo in questa direzione, illustrando il difficile rapporto fra norme giuridiche che affermano i diritti indigeni e la loro attuazione nei paesi fondatori del MERCOSUR, cioè Argentina, Brasile e Paraguay, ad eccezione dell'Uruguay, che non riconosce l'esistenza di popolazioni indigene sul proprio territorio<sup>14</sup>. Ad essi si è ritenuto opportuno aggiungere il Cile, Stato associato al Mercosur dal 1996 e che rappresenta un caso interessante di mancato o limitato riconoscimento di diritti indigeni. Oltre alla situazione normativa, ci si propone di evidenziare i problemi che emergono in relazione alla concreta attuazione dei diritti indigeni affermati, con particolare attenzione alla tutela dell'ambiente in cui i popoli nativi vivono e ai diritti fondiari, cioè diritto di proprietà, d'uso o di sfruttamento della terra, che rappresenta l'elemento fondamentale per la sopravvivenza delle comunità stesse. Infine, viene analizzata la giurisprudenza in formazione sia nazionale sia internazionale (in particolare l'operato della Comisión e della Corte

<sup>14</sup> Si precisa che gli Stati oggetto d'analisi hanno una bassa percentuale di popolazione indigena rispetto agli Stati dell'area andina come precisato nella nota 2: l'Argentina è intorno al 3%, il Paraguay all'1,7%, il Brasile al 4% e il Cile è al 4,6%.

Per quanto riguarda la particolare situazione dell'Uruguay, è noto che all'arrivo di Juan Díaz de Solís nel Río de la Plata nel 1517 fossero presenti sul territorio corrispondente all'odierno Uruguay i *charrúas*, i *chanáes* e i *guaraní*, che poi vennero in parte assorbiti dalle missioni gesuitiche. Durante i moti per l'indipendenza, nel 1816, alcuni indigeni entrarono nelle fila dell'esercito guidato da José Artigas. Nel XIX secolo l'espansione dell'allevamento e, soprattutto, le recinzioni dei grandi latifondi comportarono lo spostamento, se non la diretta eliminazione, degli indigeni. Presentandosi come "nazione bianca" per eccellenza, definito anche come la "Suiza de América" e paese di destinazione di immigranti europei, l'Uruguay non contiene nella propria legislazione alcun riferimento agli indigeni, anche se dati recenti indicano come il 5,9% della sua popolazione discenda da schiavi africani e un'altra parte considerevole abbia origini indigene. Il Centro de Información y Documentación Empresarial sobre Iberoamérica (CIDEIBER) spiega che "la población uruguaya es de origen europeo, sobre todo español e italiano, sin perjuicio de otras nacionalidades, todo ello producto de una política social de puertas abiertas. El predominio de la raza blanca es casi absoluto siendo reducida la presencia de la raza negra que llegó al país procedente de las costas africanas en tiempos de la dominación española. En cuanto a la población indígena, hace más de un siglo que los últimos indios desaparecieron de todo el territorio nacional, hecho que diferencia a la población de Uruguay de los demás países de Iberoamérica". La legge 17.256 del 2000 ha disposto il rimpatrio delle spoglie di alcuni indigeni *charrúas* che integrarono l'esercito di Artigas e che morirono in Francia, dichiarando "de interés general la ubicación y posterior repatriación al territorio nacional". Infine nel 2001, il Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas ha suggerito alle istituzioni uruguayane "de establecer medidas específicas de protección, como programas de acción afirmativa para los miembros de las comunidades afro-uruguayos e indígenas, para garantizar todos sus derechos que figuran en la convención", *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Uruguay. 12/04/2001*.

Cfr. anche C. G. BARIÉ, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, Editorial Abya-Yala, 2003, p. 522, e R. PI HUGARTE, *Los indios de Uruguay*, Madrid, 1993.

Interamericana de los Derechos Humanos), che inizia a riconoscere i diritti indigeni affermati e rivendicati, ma non attuati.

Il riconoscimento dei diritti indigeni in carte costituzionali, leggi nazionali o in atti sovranazionali non determina infatti un'automatica e, soprattutto, facile attuazione, ma piuttosto genera tensioni, conflitti e resistenze sociali, poiché vengono minacciati equilibri politici, economici e sociali ormai consolidati. Dunque è inevitabile la richiesta di tutela da parte delle comunità indigene agli organismi giudiziari nazionali e internazionali, affinché i diritti affermati vengano attuati.

#### 4. I popoli indigeni in Argentina: dall'eliminazione al riconoscimento.

L'Argentina nel 1994 ha introdotto una nuova disposizione costituzionale che riconosce un ampio catalogo di diritti alle popolazioni indigene presenti sul proprio territorio e che rappresenta il punto d'arrivo di un percorso di rivendicazione e di riconoscimento dei diritti indigeni, avviato circa un decennio prima, alla fine del regime militare.

Il nuovo par. 17 dell'art. 75 della Costituzione dispone: "Corresponde al Congreso [...] reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones"<sup>15</sup>. Dal punto di vista formale, il paragrafo in esame sostituisce quello redatto per la Costituzione del 1853/60, che attribuì al Congresso il compito di "Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67, par. 15) e che legittimò le due grandi campagne militari: la Conquista del Desierto del 1880 nelle regioni della Patagonia e della Pampa, che estese la frontiera sino al Río Negro, e la Campaña del Chaco del 1884 a nord, che spostò la frontiera<sup>16</sup> sino al Río Bermejo. Dal punto di vista sostanziale, il

<sup>15</sup> Il testo completo della Costituzione argentina è reperibile sul sito: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>.

<sup>16</sup> Sul concetto di frontiera, cfr. H. CLEMENTI, *La frontera en América*, Buenos Aires 1985-1988, 4 voll.; R. J. MANDRINI, *Las fronteras y la sociedad indígena en el ámbito pampeano*, in "Anuario del IEHA", 1997, 12, p. 23 ss.; E. J. A. MAEDER, *Las fronteras interiores: contactos históricos entre la sociedad nacional y el mundo aborígen*, in "Cuadernos de Geohistoria Regional", 1990, 22, Resistencia, p. 59 ss., e R. C. REY BALMACEDA, *La supuesta "frontera interior" pampeana*, ANH, Congreso, IV, p. 573 ss. Per la Costituzione del 1853 si veda <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/constitucionargentina1853.html>.

L'espressione "Conquista del desierto" mostra come fossero considerate "deserte" ovvero non ancora abitate dagli euro



nuovo paragrafo riconosce un ampio catalogo di diritti indigeni, quasi a voler dimostrare come l'Argentina voglia lasciarsi alle spalle le tendenze assimilazioniste e di omogeneizzazione culturale della seconda metà dell'800, promosse per costruire una nazione bianca e omogenea con molte opportunità per gli immigrati europei e per gli investitori stranieri, senza invece alcuna considerazione dell'elemento indigeno.

Ciò che restava delle minoranze nazionali – sopravvissute agli stermini, prima degli spagnoli, e, poi, degli stessi argentini<sup>17</sup> – visse infatti per circa un secolo con l'illusoria qualifica di cittadini argentini e nell'illusione dell'ufficiale dichiarazione di uguaglianza ai bianchi e ai meticci<sup>18</sup>. Un'uguaglianza che determinò l'appiattimento delle differenze etniche, culturali e giuridiche del periodo coloniale, traducendosi in una discriminazione sostanziale delle minoranze indigene che, con l'ignorare le loro differenze, ci si proponeva d'integrare nella società dominante d'origine europea.

Solo durante il governo di Perón (1946-1955) venne avviata una politica di "integración socio-cultural"<sup>19</sup> cui seguì, agli inizi degli anni '70, quella di "reparación histórica" dei torti subiti fra i quali, soprattutto, la privazione delle terre e l'emarginazione dal progresso economico-sociale del paese. L'avvento dei militari al potere - nel 1976 - impedì alle prime organizzazioni di rappresentanza delle popolazioni indigene di proseguire nelle proprie attività<sup>20</sup>. Il ritorno alla democrazia, nel 1983, segnò l'inizio di una nuova politica indigenista, volta a considerare l'indigeno come un "soggetto diverso", la cui diversità andava protetta e rispettata. Si trattò di un significativo passo in avanti verso il riconosci-

---

L'espressione "Conquista del deserto" mostra come fossero considerate "deserte" ovvero non ancora abitate dagli europei quelle aree, ove in realtà vivevano le popolazioni indigene. Il vocabolo "deserto/e" ha quindi un significato differente da quello corrente, che lo riferisce a un vasto tratto di superficie terrestre con scarsissime precipitazioni, spoglio di vegetazione e disabitato.

<sup>17</sup> I registri ufficiali militari indicano la cifra di 10.656 indigeni uccisi durante la campagna nella Pampa e in Patagonia; mentre nel Chaco la cifra è di 1.679. Ad entrambe le indicazioni bisogna però aggiungere i morti per fame, stenti, privazioni o malattie. Sull'argomento la bibliografia è ampia: si rinvia a M. A. BARTOLOMÉ, *Los pobladores del "desierto". Genocidio, etnocidio y etnogénesis en la Argentina*, in "Amérique Latine. Histoire et Mémoire", 10, 2004 – *Identités: positionnements des groupes indiens en Amérique Latine*.

<sup>18</sup> Dal 1810, anno dell'indipendenza dalla Spagna, i governi proclamarono più volte l'uguaglianza e la libertà degli indigeni, abrogando la *mita*, la *encomienda* e ogni altro tipo di servizio personale dell'epoca coloniale che potesse ancora vincolare l'indigeno.

<sup>19</sup> La partizione è di M. CARRASCO, *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas – Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat – Vinciguerra Testimonios, Buenos Aires, 2000.

La misura di maggior rilievo della presidenza di Perón fu la distribuzione dei documenti d'identità agli indigeni che, diventati cittadini argentini a tutti gli effetti, andarono a ingrossare il corpo elettorale del Partido Justicialista.

<sup>20</sup> Ad esempio, nel 1971 si organizzò la Confederación Indígena Neuquina e, nel 1975, nacque la Asociación Indígena de la República argentina, che inviò propri rappresentanti al Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, celebratosi in Canada lo stesso anno.

mento del pluralismo culturale e giuridico per una nazione che aveva sempre preferito presentarsi bianca ed europea, privilegiando i contributi stranieri alla propria cultura. Anche le stesse comunità indigene avevano comunque acquisito nel corso degli anni maggiore consapevolezza dei propri diritti, grazie alla ripresa dell'attivismo delle loro prime organizzazioni e alla maggiore attenzione da parte della comunità internazionale al tema del rispetto delle minoranze<sup>21</sup>.

Ad inaugurare la nuova politica indigenista fu la provincia di Formosa, che approvò per prima, nel 1984<sup>22</sup>, la *Ley Integral del Aborigen*, venendo poi seguita dalle province di Jujuy, del Río Negro, di Buenos Aires, di El Chaco, della Pampa, di Neuquén, di Chubut e di Salta che, tra il 1986 e il 1998, modificarono le proprie Costituzioni, introducendo un articolo relativo alle popolazioni indigene presenti sui rispettivi territori<sup>23</sup>. Alle riforme costituzionali provinciali seguirono le leggi provinciali *ad hoc*, alcune delle quali prevedevano la creazione di un istituto che avrebbe tutelato e rappresentato le popolazioni indigene presenti sul territorio<sup>24</sup>, altre prevedevano già una attribuzione di terre<sup>25</sup> o, infine, più

<sup>21</sup> Dati raccolti fra il 2004 e il 2005 dalla Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas hanno indicato una prima cifra di 402.921 indigeni, pari all'1% della popolazione totale fissata in 37.282.970 dal Censo Nacional de Población Hogares y Viviendas del 2001. Si è stimato per il 2006 una popolazione totale di circa 39.000.000 e che coloro che si riconoscono in una popolazione originaria possano arrivare al 2,8%. Si prevede il raggiungimento di una percentuale fra il 3% e il 5% nei prossimi anni.

Sono state individuate nelle regioni di nord-est (province di Chaco, Formosa, Misiones e Santa Fe) le comunità *Mbya-Guaraní, Mocoví, Pilagá, Toba, Vilela e Wichí*; nelle regioni di nordovest (province di Jujuy, Salta, Santiago del Estero, Tucumán, La Rioja, San Juan e Catamarca) le comunità *Atacama, Avá-Guaraní, Chané, Chorote, Chulupí, Diaguita, Calchaquí, Kolla, Omaguaca, Ocloya, Tapiete, Toba, Tupí-Guaraní e Wichí*; nelle regioni del sud (province di Chubut, Neuquén, Santa Cruz e Tierra del Fuego) le comunità *Mapuche, Ona, Tehuelche e Yamana* e, infine, nelle regioni centrali (province di Mendoza, La Pampa e Buenos Aires) le comunità *Huarpe e Rankulche*. I più numerosi sono i *Mapuche* con un 26%, mentre i più esigui sono i *Chulupí* (0,1%), i *Tapiete* e gli *Ona* (entrambi con lo 0,12%). Nel 1895, si riteneva che la popolazione indigena fosse di 180.000 individui, con una percentuale del 4,3% sulla popolazione totale, stimata in 4.014.911 abitanti. Nel 1965 fu avviato il primo Censo Indígena Nacional che non venne portato a termine, i cui parziali rilevamenti indicano la cifra di 165.381 indigeni, dei quali 75.675 effettivamente censiti e 89.706 stimati. Nella provincia di Formosa, nel 1970, vennero censiti 8.611 indigeni e, nella provincia di Salta, nel 1984, 17.235 indigeni.

<sup>22</sup> *Ley Integral del Aborigen* della provincia di Formosa (n. 426 del 1984). Cfr. A. IDOYAGA MOLINA, *Análisis antropológico de la ley integral del aborigen de la provincia de Formosa (Argentina)*, in A. LEVAGGI (a cura di), *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1990, p. 285 ss.

<sup>23</sup> La provincia di Jujuy con l'art. 50 del 1986; quella del Río Negro con l'art. 42 del 1988 e quella di Formosa con l'art. 79 del 1991. Nel 1994 riformarono le proprie costituzioni le province di Buenos Aires (art. 36 inc. 9), quella del Chaco (art. 37), quella della Pampa (art. 6, par. 2), quella di Neuquén (art. 23. inc. d) e quella di Chubut (art. 34). Più recente – del 1998 – è la riforma della provincia di Salta (art.15). Cfr. M. CARRASCO, *op. cit.*, pp. 46-48 e pp. 53-56.

<sup>24</sup> Ad esempio, l'Istituto de Comunidades Aborígenes della provincia di Formosa, creato con la legge citata o l'Istituto Provincial de Aborigen creato con la *Ley de promoción y desarrollo del aborigen* n. 6373 del 1986 della provincia di Salta. Cfr. M. CARRASCO, *Indigenismo y democracia: clientes, políticos, punteros, caciques, gente*, in "Cuadernos", Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, 15, p. 9 ss.

<sup>25</sup> Ad esempio, la legge 405 del 1998 della provincia di Tierra del Fuego proprio intitolata *Adjudicación de tierras a las comunidades indígenas del pueblo Ona de la Provincia*.

semplicemente aderivano alla legislazione nazionale vigente<sup>26</sup>.

A livello federale nel 1985, venne approvata infatti la *Ley de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes* (n. 23.302), che fu per lo più una dichiarazione d'intenti e un elenco di obiettivi da raggiungere, solo in parte conseguiti. Il testo si apriva infatti con la dichiarazione che fosse "de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país" (art. 1), prevedendo poi la realizzazione di progetti che facilitassero l'accesso delle comunità stesse alla proprietà della terra e il conseguente sviluppo delle attività economiche collegate allo sfruttamento dei terreni, nel rispetto delle loro tradizioni. Importante è la definizione che la legge diede di "comunidad indígena" intendendola come "a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad" (art. 2). La personalità giuridica venne poi riconosciuta a quelle comunità indigene "radicadas en el país" e da acquisire formalmente in seguito alla loro iscrizione nel Registro de Comunidades Indígenas (art. 2), che avrebbe poi consentito di ricevere in assegnazione la terra sufficiente per il sostentamento (artt. 7-11). Infine, la legge dispose la creazione dell'Istituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), dipendente dal Ministerio de la Salud y Acción Social, con il compito di attuare la politica indigenista del governo, con il paradosso di non aver previsto fra i suoi componenti rappresentanti indigeni sino al 2006, quando è stato creato il Consejo de Participación Indígena<sup>27</sup>, con funzioni sia di consulenza sia di approvazione delle misure e delle politiche promosse dall'INAI.

Alla legge del 1985 seguì nel 1990 la creazione del Foro Permanente por los Derechos de los Pueblos Indígenas, al quale aderirono, oltre ai rappresentanti delle popolazioni indigene, anche le organizzazioni e le associazioni impegnate nella lotta per il riconoscimento dei loro diritti. Infine, nel 1992, è stata approvata la *Ley Ratificatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Ad esempio, di Mendoza la *Ley de Adesión de la provincia al régimen de la ley nacional 23.302* (n. 5.754). Inoltre, di Chubut la *Ley de Subprograma Integral de Mejoramiento en la calidad de la vida de las comunidades aborígenes* (n. 4384 del 1998), la *Ley de Creación del Instituto de comunidades indígenas* (n. 2657 del 1991) e quella di *Creación del registro de Comunidades indígenas de la provincia del Chubut* (n. 4013); de La Pampa la *Ley Convenio Ministerio del Interior - Campaña hacia una sociedad con todos* (n. 1610 del 1994); di Misiones la *Ley Dirección provincial de Asuntos Guaraníes - Creación - Comunidades guaraníes - Deroga Ley 2435* (n. 2727 del 1989); di Río Negro *Ley de Instituto nacional de Asuntos indígenas. Adhesión ley 23303* (n. 2553 del 1992); di Santa Fe *Ley de comunidades aborígenes* (n. 11078 del 1994); di Salta *Ley de Reservas indígenas* (n. 4086 del 1966) e *Ley de promoción y desarrollo del aborigen* (n. 6373 del 1986), già citata.

<sup>27</sup> Composto da 83 rappresentanti eletti direttamente dalle comunità aventi personalità giuridica e quindi debitamente iscritte.

<sup>28</sup> *Ley 24.071*. La Convenzione è in vigore dal 3 luglio 2001, sostituendo la Convenzione ILO n. 107 relativa alla *Protezione e Integrazione degli indigeni e delle altre Popolazioni Tribali e Semitribali nei Paesi Indipendenti*, cui aveva aderito nel 1959.

Il XX secolo si è chiuso con l'approvazione della nuova disposizione costituzionale in occasione della riforma del 1994, per la redazione della quale l'Assemblea Costituente considerò le numerose proposte delle associazioni indigene, oltre alle pressioni dell'Equipo Nacional de Pastoral Aborígen e dell'Asociación Indígena de la República Argentina, che costituirono delle *lobby*, garantendo in sede costituente una presenza costante di rappresentanti indigeni<sup>29</sup>.

Alla riforma del 1994 si sono ispirate le province di Neuquén e di Tucumán che, nel corso del 2006, hanno modificato le rispettive Costituzioni, inserendo un nuovo articolo che riprende nei toni e nei contenuti quello nazionale<sup>30</sup>.

#### 4.1 I diritti indigeni sulla terra: aspetti e problemi.

Il riconoscimento nella Costituzione argentina di un ampio catalogo di diritti indigeni - che si presentano come diritti collettivi e culturali - può dare origine a conflitti o ten-

<sup>29</sup> Fra le proposte all'Assemblea Costituente si ricordano: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, *Comisión de Asuntos Indígenas. Conclusiones del Encuentro por la reforma constitucional*, Buenos Aires, 21-23 aprile 1994; Congreso Indígena de Integración Patagónica, *Conclusiones sobre la reforma constitucional*, El Bolsón, Río Negro, 16-19 aprile 1994; Asociación Indígena de la República Argentina, *Los indígenas en la reforma constitucional*, Buenos Aires 1994; Equipo Nacional de Pastoral Aborígen, *Garantizar los derechos indígenas en la reforma constitucional*, Buenos Aires, ottobre 1993; Pueblos Indígenas-Tribales de los Bosques Tropicales, *Resolución de la Conferencia de Penang*, Malaysia, Febbraio 1992; *Conferencia Iberoamericana de Comisiones Nacionales para la Conmemoración del Descubrimiento de América. Encuentro de dos mundos*, VII Reunión, Guatemala 1989; Consejo Mundial de Pueblos Indios, *Declaración de principios*, IV Asamblea Mundial, Panamá, 1984.

La *Comisión de Nuevos Derechos y Garantías*, dopo un esame di circa sessanta proposte dei differenti gruppi indigeni, presentò alla Convenzione Costituente il 7 luglio 1994 un progetto di disposizione, al quale la *Comisión de Redacción* della Convenzione apportò alcune modifiche. Il progetto non si discostava molto dall'attuale paragrafo, prevedendo: "Reconocer en concurrencia con las provincias, la preexistencia de los pueblos indígenas constitutivos de la Nación Argentina, garantizando el respeto a su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades; la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, disponiendo la entrega de las aptas y suficientes para el desarrollo humano, las que no seran enajenables ni embargables; asegurar su acceso a una educación bilingüe e intercultural; y a su participación en las decisiones para la utilización racional, administración y conservación de los recursos naturales en la gestión de sus intereses y en la vida nacional". Si veda in argomento G. SEGOVIA, J. F. SEGOVIA, *La protección de los indígenas*, in D. PÉREZ GUILHOU (a cura di), *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires-Mendoza, 1995, p. 331.

<sup>30</sup> Per la provincia di Neuquén l'art. 53: "La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural". "La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten y promoverá acciones positivas a su favor".

Per la Provincia di Tucumán, l'art. 136: "La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad, las instituciones y garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo económico, político, cultural y social de los pueblos indígenas que habitan en el territorio provincial. Reconoce la personería jurídica de las comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, regula la entrega de otros latifundios aptos y suficientes para el desarrollo humano. Se dictarán leyes para cumplimiento de estos artículos". Cfr. IWGIA, *El Mundo Indígena*, 2007, pp. 234-235.



sioni sociali soprattutto nell'ambito dei diritti sulla terra, sia per alcune restrizioni alle libertà e ai diritti degli individui 'esterni' al gruppo, sia per la minaccia ad alcuni equilibri della società argentina, ormai consolidati.

Con il riconoscere la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos" si è accolta infatti la tesi che già prima del 1994 le popolazioni indigene esistessero sul territorio dello Stato - con cultura, diritti e amministrazione proprie - e che non sia la Costituzione stessa a riconoscerne l'esistenza. Parte della dottrina ha sottolineato come con una tale disposizione lo Stato federale si sia assunto la responsabilità storica del genocidio subito dai popoli nativi, legittimando uno *status* giuridico differente - o una discriminazione positiva - come riparazione delle sofferenze inflitte, che garantisca il pluralismo etnico, culturale e giuridico<sup>31</sup>. A tal fine, in maniera esplicita, la Costituzione riconosce "la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan", cioè riconosce il diritto di proprietà comunitaria della terra, di quella terra cioè che era già abitata e occupata dagli indigeni prima che venisse loro tolta in seguito alle campagne militari di fine '800, per venire poi assegnata ai bianchi in forma di proprietà individuale, oltre a prevedere "la entrega de otras [tierras] aptas y suficientes para el desarrollo humano", su richiesta delle comunità interessate.

Si tratta di aspetti della disposizione costituzionale che potrebbero generare alcuni problemi non solo di carattere giuridico, ma anche sociale. In primo luogo, col riconoscere la proprietà comunitaria di terreni che "tradicionalmente ocupan" si potrebbe giungere a negare la validità del titolo di proprietà vantato da altri soggetti che - più di recente rispetto alle comunità - lo hanno ottenuto, in linea con le norme del diritto positivo vigente. Per quanto riguarda l'assegnazione di nuove terre, sarebbe inoltre necessario individuare (il condizionale è d'obbligo) terre adatte a quelle comunità che ne facciano richiesta, tenendo presente che risulterebbe difficile assegnare terre diverse da quelle richieste, poiché così facendo non si terrebbe presente il particolare rapporto che le comunità hanno con *quella* terra richiesta e il differente significato che *quella* terra ha rispetto a un'altra e che cosa essa rappresenti per la comunità.

Si tenga poi presente che, una volta individuato un terreno, ci potrebbero essere anche in questo caso soggetti terzi che avanzano diritti su di esso, in forza di titoli di proprietà concessi loro in precedenza dalle istituzioni o da precedenti proprietari, oltre alla richiesta di alcuni membri della comunità stessa di ricevere un lotto di terra a titolo individuale, confinante con quello assegnato alla comunità.

Oltre al problema della rivendicazione delle terre, un aspetto importante e ad esso collegato è la richiesta di tutela dell'ambiente in cui vivono le popolazioni indigene e che

<sup>31</sup> L. RAMOS, *Reforma constitucional: una nueva relación entre el Estado argentino y los pueblos originarios*, p. 3, consultabile sul sito <http://www.alertanet.org>.

è spesso minacciato da progetti di costruzione di infrastrutture, di disboscamento, di sfruttamento del suolo e del sottosuolo. La Costituzione dispone non solo sulla proprietà comunitaria della terra, ma anche sul diritto allo sfruttamento delle risorse, assicurando alle comunità originarie la “participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.

#### 4.2 Il riconoscimento del diritto di proprietà comunitaria della terra nelle province della Patagonia.

L'area nota con il nome di Patagonia comprende le province del Río Negro, Neuquén e Chubut, ha un'estensione di circa 55 milioni di ettari e un tempo era abitata da popolazioni indigene che, durante la Conquista del deserto, furono sterminate oppure - con il ricorso alla violenza, all'inganno e ai soprusi<sup>32</sup> - vennero spogliate della loro terra che, divenuta proprietà dello Stato o della Provincia stessa, fu in seguito assegnata, venduta o affittata a terzi. La storia stessa offre così materiale per le rivendicazioni della proprietà di alcune terre da parte delle comunità indigene, dando origine a una giurisprudenza che, applicando la nozione di “preexistencia étnica”, ha riconosciuto in effetti il diritto rivendicato e conteso a favore di alcune comunità *Mapuche* e ha negato la validità dei titoli concessi dalle istituzioni a privati<sup>33</sup>.

Già nel 2000 nella sentenza “Narez, Leyla Marcela s/ denuncia usurpación” della provincia di Chubut si è riconosciuto il diritto di proprietà dell'attore, che nasceva dall'occupazione costante e da tempo immemorabile di un terreno oggetto di contesa, piuttosto che da “una ocupación animus domini” e a prescindere dalle regole di diritto civile. In particolare, richiamandosi espressamente al disposto costituzionale e alla dottrina, si specificò nella sentenza che “por explicita decisión del constituyente las comunidades de referencia pasan a ser propietarias y poseedoras de las tierras que ocupan tradicionalmente”, disponendo l'archiviazione della causa “por no constituir delito el hecho investigado”.

Più di recente, nel caso “Oñate, Dolorindo y otros c. Rago, Pablo y otros s/Interdicto de retener”, risolto con la sentenza del 4 settembre 2002, è stato affermato il principio che

<sup>32</sup> Cfr. D. RODRÍGUEZ DUCH, *Los conflictos territoriales de los pueblos indígenas en la Patagonia*, in “Memoria”, 167, gennaio 2003, consultabile sul sito <http://www.memoria.com.nx>.

<sup>33</sup> All'opinione pubblica italiana è forse nota la controversia che coinvolge la multinazionale Benetton, che possiede un'estensione di terra di 900.000 ettari compresi fra le province di Chubut, Neuquén e Río Negro, acquistati nel 1991 dalla Compañía de Terras del Sur Argentino, nata dalla società *Argentinian Southern Land Company*, creata a Londra nel 1889 per la gestione dei latifondi inglesi.

Oggetto della controversia è un lotto di terra di 535 ettari a Santa Rosa nella provincia di Chubut, all'interno della proprietà della Benetton e che, nel 2002, è stato occupato dai coniugi Curiñanco, con il consenso dell'Istituto Autárquico de Colonización (IAC) che lo aveva classificato “riserva indigena inutilizzata” e quindi terreno occupabile. La controversia non è ancora oggi conclusa.

nessuno, vantando un titolo di proprietà, può rivendicare diritti reali su un terreno spostando o fissando recinzioni, soprattutto quando vi è una comunità indigena che lo occupa tradizionalmente e ne rivendica il possesso.<sup>34</sup> La sentenza non solo ha riconosciuto la possibilità che si possa bloccare l'avanzamento delle recinzioni nei territori indigeni (che spesso avviene di notte), ma anche che sia la stessa comunità a togliere immediatamente le recinzioni, a patto che eserciti "la posesión o la tenencia efectiva" della terra e che non sia trascorso troppo tempo. Ciò sulla base dell'articolo 2470 del Código Civil, che dispone: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa".

La sentenza "Quintriqueo, José c. Newbery, Tomás s/ Acción autónoma de nulidad de sentencia"<sup>35</sup> del giugno 2003 rappresenta un caso estremamente interessante, non solo perché ha riconosciuto i diritti indigeni rivendicati, ma anche perché ne ha garantito la concreta applicazione. La sentenza ha stabilito infatti la nullità di una precedente decisione del giudice di Junín de los Andes che aveva disposto lo sgombero della comunità Mapuche Quintriqueo dal terreno Paso Coihue, in quanto aveva riconosciuto come proprietario del terreno l'erede di un cittadino statunitense, che aveva ricevuto in dono il terreno dallo Stato argentino in cambio dei finanziamenti erogati a suo tempo a favore della campagna contro gli indigeni. Inoltre, ha ordinato la restituzione immediata della terra alla comunità stessa come misura cautelare, cosa che in effetti è avvenuta.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Oggetto della contesa giudiziaria era infatti un'area, la cui occupazione e sfruttamento era stata spesso fonte di contrasti tra la famiglia Oñate, della comunità indigena *Kom Kiñé Mu*, che ne occupava tradizionalmente una parte da almeno il 1925, e Pablo José Rago e José Luis Calviño, che rivendicavano anch'essi il diritto di proprietà su una parte della medesima area, sulla base di una concessione dello Stato a una precedente proprietaria, alla fine degli anni '50. I convenuti, nel tentativo di recintare la parte che ritenevano fosse di proprietà, avevano di fatto invaso quella occupata dalla comunità, che aveva reagito togliendo le recinzioni poste (per altro di notte) e impedendone la posa di ulteriori. Il giudice Riat nell'esaminare il caso ha riconosciuto che "las pruebas producidas acreditan inequívocamente que los actores ocupan efectivamente la veranada en disputa, sea como poseedores, sea como tenedores", proseguendo che "el reconocimiento legal de una comunidad en esa zona permite inferir la mayor antigüedad de su ocupación", posto che "se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización", citando in parte la definizione dell'art. 2 della Ley 23.302. Riconosciuta quindi l'occupazione della terra da parte della comunità, la sentenza ha così proibito ai convenuti "todo acto que perturbe la ocupación de los actores en la zona de la veranada que dio motivo a estas actuaciones debiendo ocurrir por la vía y forma correspondiente para hacer valer los derechos que crean tener". Si veda Expte. 14.886-14-00, Juzgado Civil y comercial n. 5 de la III Circunscripción Judicial de Río Negro.

<sup>35</sup> Expte. 14.446 del Juzgado civil de la IV Circunscripción judicial de la provincia de Neuquén, del 3.06.2003.

<sup>36</sup> Si legge infatti nella sentenza che il giudice Farias ha stabilito che "atento las razones y el derecho invocado, normas de rango constitucional traídas, y a fin de evitar perjuicios inminentes a los pobladores del paraje Paso Coihue [...] dispónese con carácter de medida cautelar innovativa, la restitución de la situación fáctica del lugar a la existente con anterioridad al 15 de mayo de 2003, suspendiéndose la orden de desalojo dispuesta en autos 'Newbery c/Quintriqueo

Al giudice Riat si deve infine una sentenza più recente – “*Sede Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/ desalojo*” dell’agosto 2004<sup>37</sup> - che ha riconosciuto il diritto “de posesión indígena” nei confronti dei titoli di proprietà concessi dallo Stato, respingendo una richiesta di sgombero avanzata dalla famiglia Sede nei confronti di alcuni componenti della comunità *Mapuche Kom Kiñé Mu*, di Arroyo de las Minas, che occupano da tempo un terreno denominato “Marcos Fernández”<sup>38</sup>. L’argomento principale su cui si fonda la sentenza è la prevalenza della Costituzione Nazionale sul Codice civile, e quindi del concetto di “preexistencia étnica” sul titolo di proprietà: benché infatti la famiglia Sede vantasse un titolo di proprietà concesso dall’ex-governatore della provincia Masaccessi, lo sgombero delle famiglie mapuche risultava “improcedente porque la posesión de los demandados (mapuches) es necesariamente anterior a los títulos de los actores (flia Sede) ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió”. Il giudice ha inoltre precisato che “la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (Código civil, art. 2384). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional”. Rinviando infine al contributo della dottrina<sup>39</sup>, sottolinea che “la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”.

L’importanza della sentenza deriva dal fatto che il riconoscimento della preesistenza delle popolazioni indigene allo Stato argentino comporta che “el derecho objetivo ha cambiado” e che - come osserva Rodríguez Duch - ora il problema indigeno si debba risolvere con “la nuevas normas de derecho público dictadas específicamente, aun en contra de las viejas normas de derecho privado, tales como el Código civil”<sup>40</sup>.

s/Desalojo’ hasta tanto exista resolución en las presentes actuaciones”. Infine, prevede che lo stesso giudice che “diligenciara el desalojo [...] debería hacer entrega de la tenencia del predio a los pobladores de la Comunidad Quintriqueo, labrandose acta de todo lo actuado”.

<sup>37</sup> Expte. 14012-238-99, Juzgado Civil y Comercial n. 5 de la III Circunscripción Judicial de Río Negro.

<sup>38</sup> Il terreno era stato donato nel 1900 con un decreto del presidente Roca al cacique Ancalao, come ricompensa per aver collaborato alla Conquista del desierto. In seguito, la legislazione provinciale aveva riconosciuto l’occupazione della terra da parte della Reserva Ancalao.

<sup>39</sup> Il rinvio è a J. ALTERINI, P. CORNA e A. VÁZQUEZ.

<sup>40</sup> D. RODRÍGUEZ DUCH, *El derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales*, in *Derecho de los Pueblos Indígenas - Derecho de las comunidades*, consultabile sul sito <http://www.indigenas.bioetica.org>. Infine, si segnala un’altra sentenza del 2004 - “*Comunidad Mapuche Huayquillan c. Brescia, Celso Armando y otro*” -



L'incremento del problema della rivendicazione delle terre ha spinto il governo nazionale, nel novembre 2006, ad approvare la *Ley de emergencia de la propiedad comunitaria indígena*, che dichiara per i prossimi quattro anni su tutto il territorio nazionale "la emergenza en materia de posesión y propiedad de tierras que, tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas", che sono registrate presso il Registro Nacional de Comunidades Indígenas (art.1). La legge sospende "el tramite de ejecución de sentencias de desalojo", disposti in merito a controversie aventi per oggetto appunto il possesso e la proprietà di terre che rientrano nel caso di cui sopra e incarica l'INAI di svolgere, nell'arco dei prossimi tre anni, analisi e rilevamenti sullo stato dell'occupazione effettiva delle terre del paese da parte delle comunità indigene, con la partecipazione di organi competenti. Infine, crea un Fondo Especial para la Asistencia de las Comunidades Indígenas, per sostenere le azioni connesse all'applicazione dei diritti relativi al possesso e alla proprietà della terra.

#### 4.3 La richiesta di tutela dell'ambiente avanzata dalle comunità originarie.

Alcune comunità originarie hanno presentato azioni di *amparo*<sup>41</sup> ai tribunali competenti, in quanto hanno ritenuto che l'ambiente naturale dei territori ove esse risiedono fosse minacciato da alcuni progetti di disboscamento, di sfruttamento delle risorse del suolo e del sottosuolo e dalla costruzione di grandi opere e di infrastrutture. Anche in questo ambito si riscontra la formazione di una giurisprudenza nazionale e il sostegno della Comisión Interamericana che hanno accolto le richieste delle popolazioni native.

A livello locale, nel settembre 2004, la sentenza "*Comunidad Mapuche Paichil Antreao y otro c. Prov. del Neuquén s/ Acción de Amparo*" del Juzgado Civil de Primera Instancia de Junín de los Andes<sup>42</sup> ha disposto la sospensione dell'abbattimento indiscriminato di alberi e dell'estrazione di terra d'origine vulcanica dai pendii del Cerro Belvedere, in Villa La Angostura. La comunità Mapuche Paichil Antreao, benché senza "personería jurídica inscripta" e con l'assistenza del Centro de Derechos Humanos y Ambiente, aveva presentato infatti un'azione di *amparo*, nella quale sosteneva che il disboscamento avrebbe comportato la

---

che ha riconosciuto la proprietà di un terreno acquisita per mezzo dell'usucapione da parte di una comunità *Mapuche* che, innanzitutto, ha dimostrato come avesse occupato in forma pacifica e ininterrotta da più di quarant'anni il territorio rivendicato, sul quale sono state costruite abitazioni e viene svolta regolare attività agricola. Inoltre, sono stati richiamati l'art. 75, par. 17, della Costituzione nazionale, la Convenzione 169 dell'OIL e la disciplina stessa dell'istituto dell'usucapione contenuta nel Codice civile vigente. Si veda la sentenza del 18.08.2004 del Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Chos Malal, Provincia de Neuquén.

<sup>41</sup> Art. 43, par. 1, Cost. naz.: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de *amparo*, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

<sup>42</sup> Expte. 15.320/03 del Juzgado Civil y Comercial de la IV Circunscripción Judicial del Neuquén.

sparizione di rare e antiche specie della vegetazione, a cui si sarebbero aggiunti i danni per le operazioni di estrazione, oltre a sottolineare la violazione della sacralità del luogo, ove la comunità svolge pratiche e cerimonie religiose da tempo immemorabile.

La sentenza ha riconosciuto la legittimità del reclamo presentato dalla comunità “aún sin personería jurídica inscripta”, considerando poi che “la erradicación de bosques disminuye la diversidad biológica y destruye los pulmones que ayudan a regenerar la tierra” e in forza dell’art. 41 della Costituzione nazionale, che riconosce il diritto alla tutela del proprio ambiente, la sentenza ha disposto che entro dieci giorni venisse posto termine al taglio degli alberi e alle operazioni di estrazione.

Riveste una certa importanza in quanto è stata emessa dalla Corte Suprema argentina la sentenza “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek TOI c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable” del 2002, che ha riconosciuto il diritto della comunità Wichi Hoktek TOI di presentare presso la Corte di giustizia della provincia di Salta l’azione di *amparo*, per ottenere l’annullamento di due atti amministrativi della Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, che autorizzavano “la deforestación indiscriminada” di un’area confinante a quella abitata dalla comunità indigena. Il tribunale locale aveva infatti rigettato l’azione di *amparo*, sostenendo che, per ottenere l’annullamento degli atti amministrativi, la comunità avrebbe dovuto avvalersi dei procedimenti amministrativi oppure di quelli ordinari. La Corte Suprema, invece, stabilì che, a causa delle probabili e irreparabili conseguenze che il disboscamento avrebbe provocato per l’ambiente, come l’estinzione di alcune specie animali e le probabili alterazioni del clima e del suolo, il tribunale provinciale avrebbe dovuto accogliere il ricorso di *amparo*. In sostanza, si trattava di “una efectiva protección de derechos” della comunità, che attraverso le vie ordinarie non sarebbero stati tutelati a sufficienza.

#### 4.4 L’Associazione Lhaka Honhat nella provincia di Salta e l’intervento della Comisión Interamericana.

Degno di nota e di una trattazione a parte è il caso emerso ormai una decina di anni fa dell’Asociación Lhaka Honhat della provincia di Salta, che raggruppa 45 comunità indigene per un totale di circa 6.000 persone e che rivendica il riconoscimento del diritto di proprietà comunitaria di alcuni terreni, ove le comunità risiedono da tempi ancestrali, oltre al diritto allo sfruttamento delle risorse naturali e alla sospensione della costruzione già iniziata di strade e di ponti<sup>43</sup>. Il governo della provincia definì a suo tempo la questione come un “problema complejo”, in quanto il territorio ancestrale era occupato anche da persone non indigene, che rivendicavano anch’esse un diritto di proprietà sulla terra. In questo con-

<sup>43</sup> Il caso interessa le comunità aborigene che risiedono nei terreni di proprietà pubblica 55 e 14 della provincia di Salta.

testo, nel 1995, il governo di Salta iniziò la costruzione di un ponte sul fiume Pilcomayo, suscitando la reazione delle comunità indigene della zona, che presentarono un ricorso di *amparo*, sostenendo che non fossero stati svolti studi sull'impatto ambientale dell'infrastruttura. Non avendo avuto fortuna ed essendo esauriti gli strumenti offerti dalla giustizia nazionale, nel 1988, la *Lhaka Honhat* presentò una denuncia alla Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con il patrocinio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) e del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Nel 2000 sembrava che la soluzione fosse vicina, in quanto lo Stato argentino si era impegnato a trovare una "soluzione amichevole" della controversia, attraverso una serie di incontri e di colloqui. In effetti, gli incontri fra le parti non mancarono, mentre ciò che mancò fu proprio l'adozione di misure concrete che riconoscessero da parte del governo di Salta il diritto di proprietà della terra indigena. Nel 2005, la *Asociación Lhaka Honhat* ha deciso quindi di rivolgersi alla Comisión IDH affinché si pronunciasse sul caso e, nel novembre 2006, la Comisión ha presentato un *Informe de admisibilidad*, nel quale ha sostenuto che "el Estado ha tenido múltiples oportunidades de resolver el asunto de fondo, es decir, la tutela efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de la Asociación 'Lhaka Honhat'" e aggiungendo che "los hechos denunciados por los peticionarios sobre la falta de implementación de una política de demarcación y titulación de tierras por parte de la Provincia de Salta, a través de una forma legal respetuosa de la forma de vida de las comunidades" e "la demora indebida en el pronunciamiento de una sentencia final" potrebbero costituire una violazione dei diritti politici e di proprietà degli indigeni. Nel riconoscere l'ammissibilità della denuncia, la Comisión offre la possibilità di ricorrere alla Corte Interamericana de Derechos Humanos, che dovrebbe giudicare in merito a una eventuale responsabilità dello Stato argentino e della provincia di Salta, per la violazione dei diritti indigeni. E' auspicabile che sia lo Stato argentino sia la provincia di Salta adottino rapidamente le misure necessarie per evitare una condanna internazionale<sup>44</sup>.

5. *Il caso del Paraguay: "Cuanto más derechos sean reconocidos, más derechos son violados o negados"*.

Lo Stato del Paraguay comprende la maggior parte dei territori su cui sorsero, fra il XVII e il XVIII secolo, le missioni gesuitiche. Proclamata l'indipendenza dalla Spagna nel 1811, i testi legislativi della metà dell'800 presero in considerazione le comunità indigene solo con l'intenzione di favorirne l'integrazione e l'assimilazione nella società paraguayana.

<sup>44</sup> Cfr. M. CARRASCO – S. ZIMMERMAN, *Argentina: el caso Lhaka Honhat*, Informe 1 - IWGIA, 2006. e M. CARRASCO, *Derechos territoriales y estrategias políticas: el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat*, in J. AYLWIN O. (a cura di), *Derechos Humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas – Universidad de la Frontera, 2004, p. 121 ss.

na. La Costituzione del 1870 attribuì al Congresso, oltre al compito di "Conservar el trato pacifico con los indios", anche quello di "promover la conversión al cristianismo y a la civilización", laddove civilizzazione e/o civiltà indicavano la civiltà e la cultura della classe dominante la nuova nazione (art. 72, par. 13).

Nei 35 anni della dittatura di Stroessner - dal 1954 al 1989 - gli indigeni furono oggetto di una politica di eliminazione, più che di assimilazione, attraverso "desplazamientos y aniquilación casi sistemática", benché nel 1981 venisse approvata la legge 904 che istituì l'*Estatuto de las Comunidades Indígenas*, di cui si dirà di seguito. La fine del regime autoritario di Stroessner implicò una maggiore attenzione per ciò che restava delle popolazioni e della cultura indigena, che si concretizzò in alcune nuove disposizioni costituzionali e legislative.

I dati del Censo Nacional Indígena del 2002 indicano solo all'1,7% la popolazione indigena<sup>45</sup> presente nel paese, con la precisazione che di essa il 44% ha meno di 15 anni e che, quindi, il miglioramento delle condizioni di vita e, più in generale, la tutela dei loro diritti sono di fondamentale importanza per garantirne la sopravvivenza e la riproduzione. I dati relativi alle condizioni di vita delle popolazioni indigene sono però sconcertanti, in quanto risulta che le popolazioni indigene vivono in una situazione di estrema povertà ed emarginazione sociale, in cui i diritti economici, sociali e culturali sono violati dalle stesse istituzioni, o comunque con il loro tacito consenso, per permettere l'attuazione del modello agro-esportatore adottato dal paese.

Il censimento indica infatti che sono 412 le comunità indigene presenti nel paese, 185 delle quali non dispongono ancora di un titolo di proprietà definitivo sulla terra, 45 delle quali si trovano nella Región Occidental (nota anche come Chaco) e le restanti 140 nella Región Oriental.

L'*Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento del Pidesc* - cioè del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali - spiega come "la promoción y el desarrollo desde el Gobierno, de un modelo de producción basado en la agricultura extensiva e intensiva, destinada al monocultivo, principalmente de soja, el trigo y el girasol, ha derivado en un proceso de alta concentración de la tierra, de destrucción de las fincas tradicionales de producción familiar campesina y de migración masiva del campo a la ciudad"<sup>46</sup>. Tale situa-

<sup>45</sup> Per un totale di 87.099 persone. Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos, 2002, Censo Nacional Indígena de Población y Vivienda 2002, consultabile sul sito <http://www.dgeec.gov.py>. Il Censo Nacional ha calcolato altre 2.070 persone che dichiarano un'appartenenza alla popolazione indigena, facendo così aumentare la percentuale. Sono stati classificati 20 gruppi etnici nel paese, fra i quali i più numerosi sono i *mby'a guaraní, avá guaraní, pa'i tavyterá, nivaclé, enhet norte, enxet sur* e quelle più piccole sono *manjui, guandí e tomaraho*.

<sup>46</sup> *Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento del Pidesc, Capítulo de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Paraguay, año 2006*, citato da O. AYALA AMARILLA, M. J. CABELLO, *Entre la realidad y los avances de la justicia internacional*, in "Derechos Humanos - 2006 - Paraguay", p. 361. Si veda anche il rapporto 2007 della IWGIA, *El Mundo Indígena*, p. 216.



zione, oltre a danneggiare i contadini, ha avuto conseguenze anche sulle popolazioni indigene soprattutto nella Región Oriental, dove si è assistito a una progressiva appropriazione “de caracter ilegítimo” di terre “tradicionalmente indígenas”, che oggi sono ormai disboscate per venire meglio impiegate per la coltivazione meccanizzata di oleaginose destinate all’esportazione. In questo contesto, lo Stato non è intervenuto per garantire che alle comunità indigene venisse assicurata comunque una porzione di terra minima e sufficiente per la propria sopravvivenza, in aperto contrasto con le disposizioni sia della Costituzione del 1992 – in particolare quella che riconosce “el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida” e che impegna lo Stato a fornirne altra gratuitamente (art. 64) - sia della legge 904/81, che fissa l’estensione minima per famiglia a 20 ettari. Anche nella Región Occidental, nota come Chaco, la situazione è piuttosto grave, poiché la zona centrale è stata completamente disboscata, per destinare le vaste aree all’allevamento del bestiame, mentre gli indigeni vengono impiegati come mano d’opera a basso costo, vivendo in condizioni così precarie da indurre l’OIL a intervenire per denunciare la situazione di sfruttamento, definendola una “esclavitud moderna”<sup>47</sup>, benché anche per quest’area geografica la legge fissi a 100 ettari l’estensione minima di terra da assicurare a ciascuna famiglia indigena.

### 5.1 La legislazione vigente.

La situazione di estrema povertà e di emarginazione sociale delle popolazioni indigene è in aperto contrasto con la legislazione indigena vigente nel paese che, nel 1993, ha ratificato anche la Convenzione OIL n. 169 *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*<sup>48</sup>.

Dal punto di vista delle disposizioni costituzionali il testo del 1992<sup>49</sup> - redatto dopo la fine del regime di Stroessner e che segna una svolta democratica per il paese - dispone che “El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní [...] Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la nación” (art. 140). La Costituzione dedica poi il Capitolo V, intitolato “De los pueblos indígenas”, al riconoscimento di un ampio ventaglio di diritti: in primo luogo, riconosce la “existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62), proseguendo poi con l’affermazione del “derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desar-

<sup>47</sup> A. BEDOYA SILA, SANTISTEBÁN, E. BEDOYA GARLAND, *Servidumbre por Deudas y Marginación en el Chaco de Paraguay*, OIT, Julio de 2005, cfr. IWGIA, cit.

<sup>48</sup> Con la Ley 234/93.

<sup>49</sup> Per la Costituzione del Paraguay si veda il sito <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>.

rollar su identidad étnica en el respectivo hábitat [...] a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa”, così come anche considera la possibilità della “voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior”, salvo siano in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione stessa. L’art 63 della Costituzione stabilisce inoltre che il diritto consuetudinario “en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta” (art. 63). E’ ben disciplinato anche il rapporto con la terra (art. 64), in quanto si riconosce “el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida”, con l’impegno da parte dello Stato di fornirne altra gratuitamente e con l’esenzione delle stesse da ogni possibilità di vendita, divisioni o trasferimenti. Senza l’espresso consenso è proibita poi la “remoción o traslado de su hábitat”. Infine, ai popoli indigeni si riconosce “el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país”, con l’impegno da parte dello Stato di rispettare “las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal” e prestando particolare attenzione - e questo è un aspetto importante - alla difesa dalla “regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural” (art. 66).

La Costituzione vieta poi la discriminazione “entre los trabajadores por motivos étnicos” (art. 88) e fra le attribuzioni e i doveri del Ministerio Público prevede “1. Velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales”; “2. Promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas” (art. 268).

Le norme costituzionali del 1992 si aggiunsero alla Ley 904/1981, che stabilì l’*Estatuto de las comunidades indígenas* e che si apriva con la dichiarazione che “el objeto [fuese] la preservación social y cultural de las comunidades indígenas, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso de desarrollo nacional y su acceso al régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos”, facendo seguire una definizione di “comunidad indígena” come “grupo de familias extensas, clan o grupo de clanes, con cultura y un sistema de autoridad propios que habla una lengua autóctona y conviva en su hábitat común”. La legge istituì l’Istituto Paraguayo del Indígena che avrebbe dovuto occuparsi della politica a favore delle comunità indigene e, in particolare, della restituzione delle terre rivendicate, in collaborazione con l’Istituto de Bienestar Rural (IBR), creato con la legge 854/63.

Si aggiunsero negli anni successivi altre disposizioni in materia di tutela dell’ambiente, che costituiscono oggi la cornice di una legislazione in materia indigena molto avanzata.

### 5.2 L'intervento della Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Le condizioni di disagio e di emarginazione sociale delle popolazioni indigene non sono passate inosservate alla Comisión e alla Corte Interamericana de los Derechos Humanos, che sono intervenute più volte richiamando le istituzioni paraguayane. Alla fine degli anni '90 in qualità di mediatrice, la Comisión è riuscita a far sì che il Paraguay accogliesse le richieste di assegnazione di terre ad alcune comunità, come ad esempio le Comunità *Lamenxay* e *Riachito* del pueblo Enxet-Sanapaná, riscontrando nel 2001 come lo Stato stesse adempiendo agli impegni assunti, con la consegna di 21.884,44 ettari nel Distrito de Pozo Colorado del Chaco.

Una situazione più complessa, invece, è quella che ha coinvolto la Comunità *Sawhoyamaxa* del Pueblo Enxet che, dal 1991, rivendica un terreno di 14.404 ettari, parte della proprietà della estancia Loma Porá di proprietà di Heribert Roedel, che ha una superficie complessiva di 61 mila ettari.

Negli anni '90, sulla base della legislazione vigente e per mezzo dell'INDI, la Comunità aveva chiesto al Congresso senza fortuna l'autorizzazione all'espropriazione della terra rivendicata. Dopo aver tentato invano anche le vie giudiziarie nazionali, nel 2001 la Comunità si rivolse attraverso l'ONG Tierraviva alla Comisión che, il 3 febbraio 2005, ha presentato alla Corte la richiesta di pronunciarsi in merito al caso, chiedendo una sentenza di condanna dello Stato del Paraguay, in quanto ritenuto "responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

La Corte, con sentenza del 29 marzo 2006,<sup>50</sup> ha condannato lo Stato del Paraguay, in quanto "violó los derechos a la propiedad, a la vida y a la personalidad jurídica de los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa", prevedendo che "debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa sus tierras tradicionales". Inoltre, ha ordinato la creazione di un Fondo de Desarrollo Comunitario di un milione di dollari e disposto il pagamento della somma 385.000 dollari come risarcimento "por concepto de daño inmaterial, costas y gastos dentro del plazo de un año".

La sentenza del marzo 2006 fissa con maggiore chiarezza alcuni punti importanti in relazione alla tutela dei diritti indigeni e si aggiunge a un'altra condanna del Paraguay sempre da parte della Corte che, nel 2005<sup>51</sup>, ha disposto a favore della Comunità *Yakye Axa*.

Nella sentenza più recente, per quanto riguarda il diritto di proprietà sulla terra, la

<sup>50</sup> Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, 29 marzo 2006, serie C, n. 146.

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, 17.06.2005, Serie C, n. 125.

Corte ha escluso che un diritto di proprietà individuale e lo sfruttamento "razionale" della terra possano giustificare la privazione del diritto di proprietà alle popolazioni indigene. Inoltre, ha specificato alcuni aspetti del possesso delle terre, che deve essere appunto considerato come una forma di acquisto della stessa terra e che il non possederla "effettivamente" non comporti la perdita della proprietà, sempre che la relazione speciale fra comunità e rispettiva terra si mantenga e possa essere dimostrata. Infine, se per motivi correlati a violenza o altri atti coattivi il possesso non possa essere esercitato, questo non può considerarsi privo di effetti.

Nel considerare il diritto alla vita, la Corte ha specificato che spetta allo Stato occuparsi e garantire una protezione a quelle comunità che si trovino in una situazione di rischio, precisando che la creazione di semplici centri di assistenza sanitaria non implica l'immediata possibilità per i membri delle comunità di accedervi. Infine, la Corte ha considerato i bambini e le donne in gravidanza soggetti nei confronti dei quali lo Stato debba prestare un'attenzione particolare.

Può forse essere di conforto o di auspicio riportare i progetti di legge in materia indigena, che risultano presentati al Congresso, secondo i dati ufficiali. Si tratta di progetti di legge che prevedono la creazione del Registro de Conocimientos Tradicionales Indígenas; della Dirección General de Educación Escolar Indígena, della Asistencia Crediticia y Desarrollo Integrado de las Comunidades Indígenas e del Sistema de Ayuda Mutual Hospitalaria (AMH) per la popolazione indigena del Chaco. Inoltre, è stata presentata la richiesta di espropriazione a favore della comunità *Ebetogue* dell'Etnia Ayoreo e il progetto di Incremento del Presupuesto General de la Nación a favore del Ministerio de Educación y Cultura - INAI<sup>52</sup>.

Ad essi si devono aggiungere alcuni atti di carattere simbolico: la recente cerimonia pubblica di riconoscimento della responsabilità internazionale dello Stato per le violazioni dei diritti della comunità *Yakye Axa* e dei suoi componenti; il pagamento di una parte della quota che è stata fissata a titolo di risarcimento<sup>53</sup> e l'apertura di due conti bancari presso il Banco Central del Paraguay per il pagamento delle spese da sostenere per il riacquisto delle terre rivendicate.

#### 6. Il Brasile: il problema della demarcazione delle "riserve indigene".

Anche il Brasile, ex colonia portoghese che ha acquistato l'indipendenza nel 1822, adottò durante il XIX secolo una politica volta ad assimilare l'indigeno nella società, senza preoccuparsi delle peculiarità socio-culturali. Alla fine dell'800 gli immigrati giunti nel

<sup>52</sup> Per l'elenco completo, cfr. O. AYALA AMARILLA, M. J. CABELLO, *Entre la realidad y los avances*, cit., pp. 368-369, e IWGIA, *El Mundo Indigena*, 2007, pp. 223-224.

<sup>53</sup> Sono stati versati 60.000 guarani dei 90.000 fissati.



paese furono impiegati nelle grandi proprietà oppure inseriti in progetti di colonizzazione di aree ritenute disabitate con l'idea di creare piccole aziende agricole. Lo scontro fra coloni e indigeni fu inevitabile e la conquista e il controllo effettivo della terra da parte dei coloni portò alla concentrazione degli indigeni in "aldeamentos", che vennero poi sciolti quando fu necessario occupare anche la terra riservata agli indigeni. La legislazione che accompagnò tale politica oscillò tra un conservatorismo cattolico e quello di un più tardo positivismo umano e benevolo<sup>54</sup>.

Nel gennaio 1890 il progetto di Costituzione positivista rivelò una prima riflessione e analisi serie del problema indigeno, in quanto propose la nascita di una Repubblica degli Stati Uniti del Brasile composta da due Stati federati su un piano di completa parità: da una parte, "gli Stati Occidentali Brasiliani, confederati in modo sistematico e sorti dalla fusione dell'elemento europeo con quello africano e americano autoctono" e, dall'altra, gli "Stati Americani Brasiliani confederati in modo empirico e formati dalle masse feticiste sparse per il territorio di tutta la Repubblica"<sup>55</sup>. Il progetto non ebbe fortuna e la Costituzione del 1891 non solo ignorò gli indigeni, ma li danneggiò con la previsione che le tutte le terre indigene sarebbero diventate proprietà delle province.

Le Costituzioni del '900 accolsero la politica assimilazionista promossa dallo Stato, considerando l'indigeno una categoria sociale transitoria e destinata a scomparire. Si limitarono infatti a riconoscergli il possesso delle terre su cui "abitavano permanentemente", indicandoli come "silvícolas" e non occupandosi della tutela della loro cultura e vita sociale<sup>56</sup>.

Nel 1973 venne approvato l'*Estatuto del Indio*, che definiva e classificava gli indigeni (articoli 3 e 4), prevedeva la nascita di uno specifico organo per la loro protezione e assistenza, riconoscendo il possesso e l'usufrutto delle terre e la loro demarcazione. Alcuni suoi articoli vennero poi ripresi dalla Costituzione del 1988, come ad esempio la garanzia alla partecipazione nello sfruttamento delle risorse naturali (art. 24 *Estatuto* e art. 231 Costituzione), l'uso di costumi e tradizioni e la garanzia di una educazione bilingue. Nel 1994 e nel 2000 sono state presentate alcune proposte di riforma dello Statuto, senza alcun esito<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> M. G. LOSANO, *I territori degli indios in Brasile fra diritti storici e diritto vigente*, in "Sociologia del diritto", 1, 2006, pp. 85-86, al quale si rinvia per dettagliate indicazioni bibliografiche. Dello stesso autore si segnala anche *La geopolitica brasiliana negli anni del governo militare (1964-1984)*, in "Teoria Politica" XXII, n. 1, 2006, p. 31 ss. Cfr. anche R. BARROS LARAIA, *Los indios de Brasil*, Madrid, 1993 e M. CARNEIRO DA CUNHA et al., *Historia dos Indios no Brasil*, FAPESP, Companhia das letras - SMC, Sao Paulo, 1998.

<sup>55</sup> M. G. LOSANO, *I territori degli indios*, cit., p. 89.

<sup>56</sup> "Sarà rispettato il possesso della terra degli indigeni che vi si trovino localizzati in modo permanente, vietando loro nel contempo di alienarle" (art. 129 della Costituzione del 1934); analogamente si disponeva nelle Costituzioni del 1937 (art. 154), del 1946 (art. 216) e del 1967 (art. 186, poi divenuto art. 198 in seguito alle modifiche del 1969).

<sup>57</sup> *Estatuto del Indio*, ley 6001, 19.12.1973. Le proposte di modifica sono: *Estatuto de las Sociedades Indigenas* (1994) e *Estatuto de los Indios y de las Comunidades Indigenas* (2000). Cfr. C. G. BARIÉ, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, 2003, p. 167.

### 6.1 La Costituzione del 1988

Un mutamento significativo della politica indigenista si ebbe con la fine della dittatura militare e la redazione della Costituzione del 1988, una carta democratico-liberale che dedica al tema degli indigeni due ampi articoli – articoli 231 e 232, raccolti nell’ottavo Capitolo intitolato *Dos Indios*, parte dell’ottavo Titolo *Da ordem social* - e che promuove una politica di conservazione della loro specificità culturale e sociale<sup>58</sup>.

L’art. 231 riconosce infatti agli indigeni “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, ma soprattutto riconosce “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, rinviando all’Unione il compito di “demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Si individuano quindi due tipi di terre: quelle tradizionalmente occupate dagli indigeni e quelle che l’Unione deve demarcare e dichiarare riserva indigena. Per terre tradizionalmente occupate s’intendono quelle “habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Di queste terre la Costituzione riconosce agli indigeni non la piena proprietà, ma solo il “posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”, con la previsione che, solo con l’approvazione del Congresso nazionale e sentite le comunità coinvolte, sia possibile procedere allo sfruttamento delle risorse idriche, incluse quelle atte alla produzione di energia, alla ricerca e all’estrazione delle ricchezze minerali, garantendo una partecipazione ai frutti dell’estrazione, in conformità a quanto stabilito dalla legge. Per proteggere le comunità da ogni forma di alienazione volontaria o involontaria delle proprie terre, la Costituzione dispone che le terre in oggetto siano “inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” e che “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

Per quanto riguarda le terre da demarcare e da dichiarare “riserve indigene”, bisogna considerare che si passa attraverso tre fasi: la dichiarazione, quando la Funai – Fundação Nacional do Índio<sup>59</sup> - presenta al Ministero di Giustizia i risultati dei propri studi che portano alla richiesta di demarcazione di un’area come riserva indigena. Quindi la demarcazione fisica della riserva, qualora sia stata approvata la richiesta, con la pubblicazione sul

<sup>58</sup> Per la Costituzione del Brasile si veda il sito <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const>.

<sup>59</sup> Fondata nel 1967, essa sostituì il Servicio de Protección al Indio (SPI) creato nel 1910 e sino ad oggi rappresenta l’organo incaricato di realizzare la politica indigenista del governo, dipende dal Ministero degli Interni e fra le sue attribuzioni ha quella di demarcare le riserve indigene e di proteggerle da ingerenze esterne.

“Diario oficial” dei risultati delle misurazioni e, poi, la terza e ultima fase, che vede l’omologazione, cioè quando le norme costituzionali sopra citate si applicano a quell’area determinata e definita “riserva indigena”.

Dal punto di vista giuridico il percorso in tre tappe così previsto dovrebbe sciogliere dubbi e appianare eventuali conflitti, ma la realtà è differente, poiché la creazione delle riserve indigene è osteggiata soprattutto dai grandi proprietari terrieri che considerano improduttive queste aree, qualora venissero destinate effettivamente agli indigeni, che rappresentano circa il 4% della popolazione totale, occupando il 12,74% del territorio<sup>60</sup>. Oltre a trattarsi di aree molto vaste, proprio perché devono garantire la protezione della specificità culturale e sociale, riducendo o eliminando i contatti con la civiltà occidentale, il 96,61% di esse si trova in Amazzonia, terra da sempre contesa e invasa da cercatori di diamanti, dalle grandi imprese di legname, dagli allevatori di bestiame e dai cacciatori di specie protette.

Il processo di demarcazione delle riserve indigene è quindi assai complesso, poiché vede interessi in contrasto e una elevata conflittualità sociale, soprattutto durante il governo di Lula, che ha deciso di attuare sino in fondo la norma costituzionale prevedendo - oltre alla demarcazione e all’omologazione dei territori - anche la “continuità” delle terre indigene, che eliminerebbe le *enclaves* di coloni, imprese e coltivazioni estranee alla popolazione autoctona. Una simile politica ha generato ulteriori conflitti e scontenti, dando luogo a resistenze di ogni tipo.

Significativo è il caso della Riserva Raposa-Serra do Sol, nello Stato di Roraima, nel nord del paese, della quale veniva stabilita la nuova demarcazione con un decreto del 2005 del Presidente Lula. Dopo oltre vent’anni di conflitti, gli indigeni si sono visti assegnare finalmente 1,75 milioni di ettari, ma la “realizzazione della ‘continuità’ della riserva” si è presentata irta di ostacoli per le situazioni di fatto - legali e di altra natura - che si erano nel frattempo generate. Dopo la prima demarcazione del 1998, nell’area si sono “insediati illegalmente sedici grandi produttori risicoli provenienti dal Sud del Brasile”, che sarebbe stato necessario espellere “forse con un indennizzo indiretto, poiché, come si è visto, la costituzione non prevede indennizzi per le occupazioni di terre indigene. Il loro ritiro avrebbe dovuto richiedere un anno, ma per il momento tutti sono ancora al loro posto”. Per quanto riguarda gli insediamenti legali, invece, lo Stato ha dovuto rinunciare alla conti-

<sup>60</sup> Pari a 734.127 individui su 180 milioni di abitanti complessivi del Brasile, che ha un’estensione di 8.514.215 Km<sup>2</sup>. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demografico de 2000, tratto da IWGIA, *El mundo Indígena*, 2007, p. 201. Si ricorda che l’Instituto Socioambiental continua a dichiarare che la popolazione indigena non supera i 370.000 individui, costituendo solo il 2% della popolazione totale.

Si tenga presente che in Brasile esiste un’altra minoranza etnica rappresentata dai neri fuggiti dalla schiavitù e rifugiatisi in comunità isolate chiamate *quilombos* e, pertanto, detti *quilombolas*. Il *quilombo* più celebre è quello di Palmares, fondato nel 1597 nell’attuale Stato di Alagoas. Vi sono altre comunità di tal genere in tutte le Americhe. Cfr. M. G. LOSANO, *I territori degli indios in Brasile*, cit., p. 80.

nuità della riserva, in quanto strade, ponti e infrastrutture di varia natura – soprattutto militare – non potevano essere smantellate. La continuità si è definitivamente bloccata quando lo Stato si è imbattuto nel municipio di Uiramuta, abitato da 300 non indigeni impossibili da evacuare e concedendo quindi che restassero nella riserva. Tale decisione ha suscitato le proteste degli indigeni, che hanno visto in questo insediamento “la porta d’ingresso per nuove invasioni di bianchi” e, quindi, “per nuovi conflitti nella riserva”<sup>61</sup>.

Il processo di demarcazione delle terre indigene in Brasile procede molto lentamente, fra molti conflitti, tensioni, interessi politici ed economici. Le fonti ufficiali sostengono che il processo di demarcazione delle terre indigene sia in fase conclusiva, ma i dati forniti dal Forum em Defesa dos Direitos Indigenas spiegano come, dal 1998 al 2004, il Ministero di Giustizia abbia fissato “i confini, in media, di 14 territori indigeni all’anno. Continuando con questa media – e tenendo in considerazione che 628 territori indigeni devono essere ancora demarcati o subire la revisione dei loro confini – occorreranno ancora 45 anni per ottenere il riconoscimento di tutte le terre indigene del paese. Questi dati contraddicono il Presidente della Funai, Marcio Pereira Gomes”. A ciò si aggiunga che “il Governo di Lula non sembra in grado di opporsi alle richieste di politici che sono anche possidenti terrieri, coltivatori di soia e allevatori di bestiame: *lobbies* che da secoli fondano la propria forza sul controllo della politica istituzionale del paese e alle quali non interessa che venga garantito ai popoli indigeni il possesso delle terre da questi ultimi tradizionalmente abitate”<sup>62</sup>.

### 7. Il Cile: il mancato riconoscimento dei diritti indigeni. Una strategia politica?

Il Cile rappresenta un interessante caso di limitato riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene, che sono tutelate solamente dalla *Ley Indigena* del 1993, mentre non è stato ancora introdotto nella Costituzione un riconoscimento della loro esistenza, e quindi un catalogo di relativi diritti, e neppure è stato ratificato il *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*<sup>63</sup>. Lo scarso livello di riconoscimento dei

<sup>61</sup> M. G. LOSANO, *I territori degli indios in Brasile*, cit., p. 99 e note relative; IWGIA, *El Mundo Indigena*, 2007, pp. 201-213. Per un caso concreto di ridemarcazione si veda *iv.*, p. 106 ss.

<sup>62</sup> M. G. LOSANO, *I territori degli indios in Brasile*, cit., p. 105.

<sup>63</sup> Il censimento del 2002 indica una popolazione complessiva di 15.116.435 abitanti, dei quali 692.192 (4,60%) hanno dichiarato di appartenere a un popolo indigeno. Di questa percentuale, l’87,30% si è dichiarata *Mapuche*, mentre il 12,68% di altre etnie, cioè *Atacalufe/Kawéskar*, *Atacamenol/Lickanantay*, *Aymara*, *Colla*, *Quechua*, *Rapa Nui* e *Yámana*. Ad essi si aggiungono i *Diaguita*, che non sono stati riconosciuti per legge e, quindi, non inclusi nel censimento. Il precedente censimento del 1992 aveva indicato che 998.385 persone con più di 14 anni avevano dichiarato di appartenere a una popolazione indigena, cifra che raggiungeva il 1.350.000 considerando i minori di 14 anni, corrispondente al 10% della popolazione totale. In materia si veda J. AYLWIN O., *Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Documento de Trabajo n. 3, reperibile in <http://www.observatorioderechosindigenas.cl> e in IWGIA, 2007, cit.



diritti indigeni e l'apertura dell'economia cilena agli investimenti stranieri hanno innescato negli ultimi anni numerosi conflitti fra le comunità indigene e le istituzioni, promotrici di progetti d'investimento e di sfruttamento minerari, forestali e idroelettrici, in aree abitate e/o rivendicate dalle comunità indigene.

L'anno 2006 è stato definito un "año perdido" dalle organizzazioni indigeniste, per la mancanza di riforme che l'elezione di Michelle Bachelet aveva fatto sperare, avendo mostrato in campagna elettorale una particolare attenzione per la tutela e il rispetto dei diritti<sup>64</sup>.

### 7.1 L'assimilazione delle popolazioni indigene

La storia delle relazioni fra lo Stato del Cile e le popolazioni originarie nel XIX secolo ripercorre per alcuni aspetti quella del vicino Stato argentino. Anche il Cile, infatti, estese il proprio controllo su alcuni territori australi (degli *Aonikénk* e dei *Selknam*), mettendoli poi a disposizione degli investitori europei. Inoltre, fra il 1860 e il 1883, con un processo che la storiografia cilena ha chiamato la *Pacificación de la Araucanía* venne occupato militarmente il territorio dei *Mapuche*, che furono confinati in circa 3.000 riserve, concentrate su un 5% del territorio occupato un tempo. Anche per quest'area i terreni liberati furono messi a disposizione degli investitori stranieri o dei grandi proprietari.

Il XX secolo fu caratterizzato da numerose leggi che promossero la "parcellizzazione" delle terre delle riserve dei *Mapuche* e la successiva messa in vendita, senza riconoscere un diritto di prelazione agli indigeni. La divisione della terra (e quindi delle stesse comunità) "era la única manera de incorporar [los indígenas] plenamente a la civilización", come spiegava un Decreto-legge (n. 266) del 1931. La presidenza di Allende rappresentò una breve parentesi nella politica indigenista di quegli anni: nel 1972 infatti, venne promulgata la *Ley Indígena* n. 17.729, che dispose la restituzione delle terre alle comunità, come in effetti avvenne per circa 60.000 ettari, creò l'Istituto de Desarrollo Indígena con il compito di "promover el desarrollo social, educacional y cultural de los indígenas de Chile, considerando su idiosincrasia y respetando sus costumbres" (art. 38), garantì sostegno nell'ambito dei diritti sociali e culturali, assicurando l'insegnamento della madrelingua *Mapudungun*<sup>65</sup> accanto allo spagnolo.

Durante il regime di Pinochet (1973-1990) - del quale è nota la frase "No existen poblaciones indígenas, somos todos chilenos" - il processo di suddivisione e di vendita delle terre riprese con due decreti-legge del 1979, che disposero la messa in vendita in forma di lotti individuali anche delle terre delle restanti riserve indigene, oltre a specifica-

<sup>64</sup> Si veda l'interessante pubblicazione *Derechos Humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, a cura di J. AYLWIN O., Instituto de Estudios Indígenas - Universidad de la Frontera, 2004.

<sup>65</sup> J. GARRIDO ET AL., *Historia de la reforma agraria en Chile*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1990.

re che "las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse indígenas, e indígenas sus adjudicatarios"<sup>66</sup>. A ciò si aggiunse il Código de Aguas<sup>67</sup> del 1981, che permise allo Stato di concedere a terzi i diritti sui corsi d'acqua di superficie e del sottosuolo anche nelle zone abitate dalle comunità, danneggiando in particolare gli Aymara nel nord del paese a favore di alcune imprese minerarie. In sostanza si volevano togliere tutte le condizioni per garantire la sopravvivenza delle comunità.

### 7.2 La ley indígena del 1993

Conclusasi la dittatura, le istituzioni avviarono una politica timida e non ben definita nei confronti delle popolazioni indigene che, in parallelo, avevano iniziato ad organizzarsi per rivendicare i propri diritti e chiederne la tutela. Nel 1993, il Congresso approvò infatti la *Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas*<sup>68</sup> - più nota come *Ley Indígena* - che a quell'epoca rappresentò senza dubbio un importante risultato, anche se in essa si individuano alcune contraddizioni. Se da una parte, la legge ha creato infatti la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), un istituto che con la partecipazione minoritaria di rappresentanti indigeni dovrebbe individuare e sviluppare un'adeguata politica, dall'altra parte, ha riconosciuto però i popoli indigeni solo come "etnie" e non come popolazioni, oltre a non riconoscergli i diritti sulle risorse naturali e neppure elencare i diritti civili e politici a loro favore. La legge limita poi il diritto di associazione delle comunità indigene a "comunidades territoriales" o "asociaciones funcionales", non essendo permessa invece la costituzione di federazioni di associazioni o di comunità.

Per quanto riguarda le terre indigene, la legge stabilisce che sono da considerarsi tali quelle che "las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión" (art. 12) sulla base di titoli riconosciuti dallo Stato alle comunità, così come quelle che risultano iscritte nel Registro de Tierras Indígenas o che siano dichiarate come tali dai tribunali. Si precisa che le terre non possono essere "enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción" (art. 13) e - grazie a un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas - si prevede la possibilità di un sussidio per l'acquisto di terreni o, in caso di conflitto, per la determinazione dei diritti sulle acque e, infine, per facilitare il passaggio di terre di proprietà pubblica alle comunità richiedenti. La legge non ha accolto però il concetto di "territorialidad indígena" proprio della Convenzione OIL n. 169 e neppure ha riconosciuto i diritti delle comunità sulle risorse naturali, che hanno assunto di recente note-

<sup>66</sup> Le leggi speciali furono del 1927, 1930, 1931 e 1961. I decreti-legge del 1979 furono il n. 2568 e 2750 e per la citazione sopra indicata cfr. l'art. 1 del D.L. 2568.

<sup>67</sup> Código de Aguas, Chile, 1981, consultabile sul sito <http://www.dga.cl/otros/documentos/codigodeaguas.pdf>.

<sup>68</sup> Per la *Ley Indígena* si veda il sito [http://www.uta.cl/masma/patri\\_edu/PDF/LeyIndigena.PDF](http://www.uta.cl/masma/patri_edu/PDF/LeyIndigena.PDF).

vole importanza nelle rivendicazioni. Infine, la legge ha previsto - con l'autorizzazione della CONADI - la possibilità di "permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se consideraran tierras indígenas, desafectándose las primeras".

Nel 1993, insieme alla *Ley Indígena* furono presentate due proposte: di ratificare la più volte citata Convenzione OIL n. 169 e di riformare la Costituzione nazionale con l'introduzione di un riconoscimento esplicito dei diritti indigeni. Entrambe non vennero approvate a quell'epoca e, neppure nel 2005, quando sono state ripresentate al Congresso dal Presidente della repubblica Lagos. A quest'ultimo si deve comunque il tentativo di avviare una "nuova fase" nei rapporti fra lo Stato e le popolazioni originarie: nel 2001, lo stesso Presidente istituì infatti la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato che, nell'*Informe* del 2003, riconobbe gli errori e le contraddizioni della politica indigenista, rinnovando l'invito a ratificare la Convenzione OIL e a riformare la Costituzione nazionale, oltre a proporre alcune misure di carattere economico a sostegno delle popolazioni indigene.

La proposta di riforma costituzionale del 2005, che avrebbe rappresentato un primo passo verso una nuova politica a favore degli indigeni, non conteneva però alcun riferimento specifico a diritti collettivi politici, culturali e territoriali come aveva suggerito la Comisión<sup>69</sup>, proponendo la sostituzione del paragrafo finale dell'art. 1 con la seguente disposizione: "[...] la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional".

### 7.3 Il problema della tutela dei diritti sulla terra e sulle risorse naturali nel Cile odierno<sup>70</sup>

La tutela della proprietà delle terre che le popolazioni indigene del Cile occupano ancestralmente è limitata sia per la mancanza di un espresso riconoscimento dei diritti relativi nei testi legislativi e nella Costituzione, sia per gli interessi economici e politici che

<sup>69</sup> La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato nell'*Informe* del 2003 raccomandò di modificare la Costituzione in modo che dichiarasse "la existencia de lo Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias"; "que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades precoloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que estan ligadas por una continuidad histórica"; y "establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que en consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas" (Cuerpo III, p. 127; cfr. J. AYLWIN O., *Implementación de legislación*, cit.).

<sup>70</sup> Secondo dati del 2005 attraverso la CONADI e il Ministerio de Bienes nacionales sono state assegnate alle comunità nuove terre ed è stata riconosciuta la proprietà di quelle che già occupavano. In particolare, sono stati assegnati un totale di 384.150 ettari di terra, di cui 75.000 nuovi.

spingono le istituzioni a mantenere una politica indigenista poco definita e spesso contraddittoria. Dagli anni '90 l'economia cilena si è infatti aperta agli investimenti pubblici o privati, nazionali o stranieri, destinati spesso ad aree abitate da comunità indigene o da loro rivendicate. I diritti in questione sono, oltre alla proprietà ancestrale della terra<sup>71</sup>, anche lo sfruttamento e la gestione delle risorse naturali e l'utilizzo dei corsi d'acqua di superficie e sotterranei, fondamentali per la sopravvivenza delle comunità<sup>72</sup>. Negli ultimi anni, sulla base del già citato Código de Aguas, lo Stato ha concesso infatti ai privati un diritto di approvvigionamento gratuito e perpetuo delle acque, sottraendole al controllo delle comunità. A tale riguardo è però importante segnalare la sentenza della Corte suprema del 4 ottobre 2004 che per la prima volta si è pronunciata a favore di una comunità - nel caso concreto la *Atacameña de Toconce*, della II Región de Antofagasta - riconoscendo "la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, [que] constituye dominio pleno por aplicación del los artículos 3 transitorio, inciso 2° y 64 de la Ley Indígena"<sup>73</sup> e rigettando le richieste avanzate dalla *Empresa Sanitaria y de Servicios de Antofagasta ESSAN S.A.*

La politica contraddittoria dello Stato e il mancato riconoscimento dei diritti indigeni hanno portato spesso a manifestazioni di protesta, all'occupazione di terre contese e ad azioni dimostrative, con una reazione molto dura da parte delle istituzioni. A livello legislativo, il Congresso ha bloccato la ratifica della Convenzione OIL e ogni progetto di riforma costituzionale a favore degli indigeni. Le forze dell'ordine, inoltre, hanno represso le manifestazioni di protesta e di dissenso spesso con eccessiva violenza, giungendo persino ad essere accusate di violazione dei diritti fondamentali<sup>74</sup>. Infine, nei confronti di alcuni

<sup>71</sup> Ad esempio, la costruzione della centrale idroelettrica Ralco nell'Alto Bío Bío, conclusa nel 2004, ha provocato l'inondazione di un territorio abitato ancestralmente dai *Mapuche Peuhenche*, che invano si sono opposti e che sono stati trasferiti poi in un altro territorio. Nel 2003, cinque donne *peuhenche* denunciarono la situazione alla Comisión Interamericana, sostenendo che fossero stati violati i loro diritti, fra cui quello alla vita e alla proprietà. La mediazione della Comisión portò alla conclusione di un accordo che prevedeva, oltre al risarcimento dei danni materiali, la restituzione delle terre, l'incremento della partecipazione dei *Peuhenche* alla gestione delle risorse naturali per il loro sviluppo e la promessa di ripresa dei colloqui per la riforma costituzionale e la ratifica della Convenzione OIL.

<sup>72</sup> Ad esempio, per favorire lo sfruttamento dei giacimenti minerari nel nord del paese in aree abitate da comunità indigene (*Aymara, Quechua, Lickanatay, Coya e Diaguita*) lo Stato ha ceduto terre abitate dalle comunità e ha riconosciuto il diritto di utilizzo e sfruttamento dei corsi d'acqua anche sotterranei. Inoltre, la coltivazione di piante per la produzione di legname pregiato ha modificato il paesaggio, l'ambiente, la flora e la fauna di alcune terre abitate dai *Mapuche*, sino ad esaurire le riserve d'acqua sia in superficie sia sotterranee.

<sup>73</sup> Sentenza indicata da J. AYLWIN O., *Implementación de legislación*. Cit.

<sup>74</sup> *Human Rights Watch e Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas* (2004) riportano le notizie di maltrattamenti da parte della polizia in alcuni casi di perquisizioni o di mobilitazioni, oltre ad alcuni casi di tortura e alla morte di un giovane di 17 anni per un proiettile sparato da un membro dei Carabineros, nel 2002. Sul tema, cfr. il recente testo di E. MELLA SEQUEL, *Los mapuches ante la justicia: la criminalización de la protesta indígena en Chile*, LUM, 2007, 204 pp.



manifestanti arrestati è stata applicata la legislazione speciale antiterrorismo (*Ley antiterrorista n° 18.314*)<sup>75</sup>, che limita il diritto a un giusto processo e che ha portato alla pronuncia di condanne sproporzionate, con l'avallo della Corte suprema. Degna di nota è comunque la sentenza del luglio 2005 del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco che rigetta l'accusa di "asociación ilícita terrorista" nei confronti di un gruppo di *Mapuche*, specificando che "cualquier definición de terrorismo que se quiera enunciar debe necesariamente contener el concepto de desprecio a la vida humana, propia o ajena, concepto que no resulta del contenido de los hechos que se relataron en la audiencia"<sup>76</sup>.

Una critica sull'applicazione della *Ley antiterrorista* è stata sollevata più di recente dal Tribunal de lo Penal de Angol che, il 7 aprile 2006, ha assolto gli imputati dall'accusa di "incendio terrorista" del fondo Poluco-Pidenco, spiegando che "la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley n. 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por el Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°", rinviando all'art. 8, par. 2 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo e all'art. 14, par. 2 del Patto ONU sui diritti civili e politici. Il Tribunal de Angol, non avendo la competenza per dichiarare l'incostituzionalità della *Ley antiterrorismo*, inquadra la legge comunque nell'ordinamento giuridico cileno, ove sono vigenti - o per lo meno dovrebbero esserlo - le norme di diritto internazionale sopra citate e spiega: "Se debe tener presente respecto de la presunción legal del artículo 1° de la ley 18.314, en la cual el legislador asume que la conducta de las personas es constitutiva de delito terrorista prescindiendo de una investigación, de un juicio, vulnerando tratados internacionales ya antes mencionados y la propia ley procesal, es por ello que en la especie nos encontramos ante un caso en que el legislador, sin procedimiento alguno asume la intención volitiva de los acusados de querer infundir temor en la población o arrancar decisiones de la autoridad [...] la presunción simplemente legal no es propiamente un medio de prueba, sino que constituye un caso de inversión del *onus probandi* que favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la prueba en contrario"<sup>77</sup>.

A ciò si aggiungano le raccomandazioni per la politica e la legislazione elaborate dalla Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) in un documento dal titolo

<sup>75</sup> Solo nella regione dell'Araucania sono stati circa 300 i *Mapuche* accusati di aver preso parte a manifestazioni per difendere la terra e risulta che il 10% sia stato accusato di reati terroristici.

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, R.U.C. 02 00 14 24 99. R.I.T. 080/2004, del 27.07.2005. Cfr. FIDH, *Informe. Chile. Posibilidades de cambio en la política hacia los pueblos indígenas*, agosto 2006.

<sup>77</sup> Cfr. FIDH, *Informe. Chile. Posibilidades de cambio en la política hacia los pueblos indígenas*, agosto 2006.

estremamente significativo: *Chile: La otra transición: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático.*

Del Cile emerge dunque l'immagine di un paese arretrato per quanto riguarda non solo il rispetto dei diritti indigeni, ma anche la loro affermazione, e che pare non abbia intenzione di mutare atteggiamento, proseguendo piuttosto in una politica a favore degli interessi economici, privati o pubblici che siano. Fa ben sperare la posizione assunta da alcuni tribunali in merito all'applicazione della *Ley antiterrorismo*, che forse potrebbe rappresentare un primo segnale di mutamento dell'atteggiamento degli operatori del diritto, che sono in concreto coloro che devono riconoscere, garantire e tutelare i diritti dei cittadini.

#### 8. Conclusioni

Nell'analisi delle esperienze normative di Argentina, Paraguay, Brasile e Cile si possono individuare alcuni tratti comuni. In primo luogo, nel XIX secolo tutti gli Stati hanno promosso politiche più o meno manifeste di assimilazione o di sterminio delle popolazioni indigene, considerate un ostacolo ai rispettivi progetti di sviluppo economico e sociale. Inoltre, sono accomunati dalle esperienze dei governi autoritari della seconda metà del XX secolo, che impedirono a qualsiasi movimento di rivendicazione indigena, a quell'epoca in formazione, di acquisire visibilità, così come il ritorno alla democrazia avviò una nuova fase, caratterizzata dal riconoscimento dei diritti indigeni con formule più o meno ampie e con il ricorso a strumenti legislativi e costituzionali. Infine, gli Stati oggetto d'esame sono accomunati anche dai problemi che devono risolvere in merito all'attuazione dei diritti indigeni affermati in documenti nazionali o sovranazionali. Basti solo ricordare la rivendicazione di terre, che vede contrapporsi proprietari individuali e collettivi, e le richieste di tutela dell'ambiente da parte delle comunità indigene, che ostacolano, ritardano o modificano la realizzazione di progetti di infrastrutture o di sfruttamento del suolo e del sottosuolo che, da una parte, danneggerebbero senza dubbio le comunità ma che, dall'altra, sarebbero utili per lo sviluppo economico degli Stati o delle regioni interessate.

Nell'augurarsi che il Cile possa colmare il vuoto normativo che lo separa dagli altri Stati analizzati e, più in generale, da tutti gli Stati del continente che hanno comunque legislazioni più o meno avanzate sull'argomento, si può svolgere una riflessione con la consapevolezza di suscitare alcune perplessità in chi legge: come si è osservato in apertura dello scritto, l'affermazione e il riconoscimento dei diritti indigeni non comporta una loro immediata attuazione, poiché proprio per il loro contenuto mettono in crisi gli equilibri delle società esistenti che li affermano. Forse allora, proprio in considerazione delle situazioni di conflitto sociale che si generano, sarebbe meglio affermare e riconoscere i diritti indigeni calcolando con maggiore attenzione le conseguenze e non tenendo presente solo le eventuali ricadute positive o negative dal punto di vista di possibili risultati elettorali.