

ila - ISTITUTO ITALO-LATINO AMERICANO

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

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



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

INDICE

PREFAZIONE	pag. 7
INTRODUZIONE	
Le identità delle comunità indigene e l'identità indigena <i>Antonio Luigi Palmisano</i>	9
Cenni introduttivi alla protezione internazionale e interna dei popoli indigeni <i>Pietro Pustorino</i>	15
PARTE I: ASPETTI GIURIDICI	
1.1 La protezione dei popoli indigeni nel diritto internazionale	17
<i>LA NORMATIVA INTERNAZIONALE A PROTEZIONE DEI POPOLI INDIGENI</i> Riccardo Pisillo Mazzeschi	19
<i>RIPARAZIONE PER LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI: QUALE RUOLO PER IL DIRITTO INTERNAZIONALE?</i> Francesco Francioni	33
<i>IN TEMA DI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI SULLE RISORSE NATURALI DI INTERESSE DELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE E SULLE RISORSE NATURALI CONDIVISE FRA PIÙ STATI</i> Roberto Virzo	53
<i>BIOPROSPECTING NELLE ANDE: CONSIDERAZIONI IN MERITO ALLE DECISIONI 391/1996 E 486/2000 DELLA COMUNITÀ ANDINA</i> Simone Vezzani	63
1.2 La protezione dei popoli indigeni negli ordinamenti interni	77
<i>IL RICONOSCIMENTO DELLA INDIGENOUS DIFFERENCE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE CANADESE</i> Eleonora Ceccherini	79

<i>LA TUTELA DEI POPOLI INDIGENI IN AFRICA</i> Anna Di Lieto	117
<i>L'ESPERIENZA DEI PAESI SCANDINAVI: IL CASO DEL POPOLO SÁMI</i> Stefania Errico	151
<i>A BRIEF INTRODUCTION TO FEDERAL AMERICAN INDIAN LAW AND ITS EFFECTS ON AMERICAN INDIAN TRIBAL LAW</i> Sarah Krakoff	169
<i>L'ESPERIENZA NORMATIVA DEI PAESI DEL MERCOSUR</i> Marzia Rosti	187
PARTE II: ASPETTI ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI	223
<i>LO INDÍGENA EN URUGUAY: DESDE LA CREACIÓN DEL ESTADO NACIÓN HASTA LA ACTUALIDAD</i> Carmen Curbelo	225
<i>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</i> Antonino Colajanni	245
<i>DIRITTO CONSUETUDINARIO E COMUNITÀ INDIGENE DI FRONTE AL DIRITTO STATALE E INTERNAZIONALE IN AMERICA LATINA: UNA PROSPETTIVA ANTROPOLOGICA</i> Antonio Luigi Palmisano	263
<i>INTERVENTO INTRODUTTIVO SU "L'IDENTITÀ DEI POPOLI INDIGENI: ASPETTI GIURIDICI, ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI"</i> Luigi Maria Lombardi Satriani	283
<i>LENGUAS EN DESPLAZAMIENTO Y EIB EN ARGENTINA. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LAS IDEOLOGÍAS DEL LENGUAJE Y LAS ACCIONES DE REVITALIZACIÓN</i> Marisa Censabella	289

<i>CULTURA Y EDUCACIÓN INDÍGENA SU MARCO JURÍDICO EN PARAGUAY</i> Aída Torres de Romero	301
<i>AS LEIS DA EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO BRASIL</i> Marcia Moraes Blanck	339
<i>L'IDEA DI COMUNITÀ COME MITO POLITICO</i> Vaclav Belohradsky	347
DICHIARAZIONE DI SIENA	360

Prefazione

L'Istituto Italo-Latino Americano ha voluto negli ultimi quattro anni dedicare il suo impegno allo studio e alla ricerca sulle identità linguistiche in America Latina, considerando l'argomento di grandissima attualità e importanza per la salvaguardia e protezione di quelle stesse identità.

Questo articolato e affascinante percorso di studio di carattere multi disciplinare che ha coinvolto studiosi di altissimo livello dei Paesi dell'America Latina e dell'Italia è iniziato a Quito nel 2004, è proseguito a Napoli ed Asunción nei due anni successivi avendo un nuovo momento di riflessione a Siena il 4 e 5 giugno 2007 con l'approfondimento di aspetti importanti e fondamentali di una tematica particolarmente sentita in America Latina.

Considero, perciò, di particolare valore la mole davvero imponente di materiale di studio che con il loro contributo gli esperti e cattedratici che hanno collaborato con l'IILA, cui va il mio sentito ringraziamento, hanno prodotto nei quattro appuntamenti che ho sopra ricordato.

L'impegno dell'IILA non si conclude tuttavia qui. I Paesi dell'America Centrale, il Messico ed i Paesi caraibici membri costituiranno l'area in cui proseguire il percorso di studio iniziato quattro anni fa in Ecuador. Il lavoro riprenderà, dunque, per concludersi alla fine dell'anno in corso offrendo al suo compimento una vasta e articolata riflessione sulle identità linguistiche e la loro salvaguardia in America Latina.

Paolo Bruni

Segretario Generale dell'IILA

Introduzione

Le identità delle comunità indigene e l'identità indigena

Antonio Luigi Palmisano*

Le identità, molteplici per ogni persona e per ogni comunità, sono mutevoli anche nel tempo. E anche le identità delle comunità indigene dell'America Latina sono in transizione; ed in transizione rapida. Le stesse comunità indigene ripensano e ricostituiscono incessantemente la propria identità, le proprie identità. Anche e soprattutto nel contesto di trasformazioni sociali e economiche di portata globale, ovvero post-globale. Anche e soprattutto nel contesto internazionale di giuridificazione delle relazioni sociali e dunque di costituzione del soggetto giuridico, dei soggetti giuridici.

La stessa rappresentazione e autorappresentazione delle comunità indigene si configura sulla base dei diversi approcci istituzionali e non istituzionali ai processi di sviluppo. E la relazione fra Stato nazionale e comunità indigene viene ad essere strutturata *ex novo*. Così, diritti di proprietà collettiva delle terre o sull'uso delle terre "ancestrali", educazione in lingua indigena e integrazione delle minoranze, di qualunque genere queste siano, divengono i temi sui quali e per i quali si discute in America Latina con sempre maggior frequenza e intensità.

Nei precedenti Seminari Internazionali di Quito, *Identidad Lingüística de los pueblos indígenas de la región andina I: un acercamiento multidisciplinario*, 14-15 luglio 2005 –con la giornata conclusiva a Otavalo, il 16 luglio 2005-, di Napoli, *Identidad lingüística de los pueblos indígenas de la Región andina II: un acercamiento multidisciplinario*, 13-14 dicembre 2005, e di Asunción, *Identidad lingüística de los pueblos indígenas del Mercosur como factor de integración y Desarrollo*, 23-24 ottobre 2006, abbiamo avuto modo di riflettere sulle identità linguistiche dei popoli indigeni, assumendo prospettive antropologiche, socio-politiche e giuridiche. Con l'incontro di Siena, *Simposium Internacional sobre la Identidad de las comunidades indígenas: aspectos lingüísticos, jurídicos y antropológicos. Segunda fase del seminario sobre identidad lingüística de los pueblos indígenas de Mercosur como factor de integración y desarrollo*, 4-5 giugno 2007, abbiamo proseguito a dibattere sui temi che rappresentano l'oggetto delle nostre ricerche, in uno spirito di aperto confronto. Del resto, temi di tale complessità possono essere trat-

* Professore di Antropologia culturale, Antropologia politica, Antropologia dello sviluppo, Facoltà di Scienze Politiche, Università di Trieste.

tati adeguatamente proprio in presenza di approcci multidisciplinari, sulla base dunque delle ricerche condotte da studiosi di diverse discipline, con le loro specifiche metodologie, disposti a confrontarsi con impegno e perseveranza.

Gli articoli qui raccolti costituiscono gli Atti del Convegno tenutosi a Siena, rivisti dai loro autori: antropologi, sociologi e linguisti.

La questione delle dinamiche identitarie è affrontata da tutti gli autori. Lo stesso rischio di fossilizzazione e mercificazione delle identità etniche e linguistiche, già rilevato nei precedenti Seminari, è stato nuovamente analizzato, così come state riconsiderate criticamente le strategie nazionali e internazionali impiegate nell'affrontare i processi di integrazione delle comunità indigene nel contesto della società nazionale nell'epoca post-globale. La questione del multiculturalismo viene ora analizzata in chiave più specificamente socio-antropologica e linguistica.

Le strategie politiche elaborate dagli Stati e dalle comunità indigene sono state esaminate ancora da altri autori nel contesto dei processi di sviluppo. La proposta, poi, discussa nei precedenti Seminari, di stilare specifici programmi educativi "di qualità", considerandoli strumenti privilegiati per il riconoscimento ed il potenziamento delle identità delle comunità indigene, è stata ulteriormente elaborata; come pure è stata ribadita la necessità di varare programmi che vedano la partecipazione attiva, in chiave di protagonisti, delle comunità indigene o, meglio ancora, di programmi che comportino la gestione diretta da parte delle stesse comunità, proprio secondo quanto manifestato chiaramente dai dettami costituzionali di molti Paesi dell'America Latina.

L'approccio storico-antropologico adottato da CARMEN CURBELO permette di seguire agevolmente l'articolarsi delle politiche nazionali governative adottate nei territori dell'attuale Uruguay nei confronti dei *grupos indígenas*. Queste politiche, parallele e contemporanee al pensiero politico internazionale delle epoche succedutesi, hanno portato alla costituzione dell'apparato statale nazionale ma anche al tragico dissolversi degli stessi gruppi indigeni. In questo caso, il processo di integrazione delle minoranze etniche e linguistiche è stato caratterizzato da una profonda e violenta discriminazione, implicando l'assorbimento delle stesse e la loro sottomissione ai gruppi egemonici di maggioranza.

Nel suo articolo, ANTONINO COLAJANNI mostra come la situazione sociale dei *pueblos indígenas* abbia rappresentato un problema sociale *sui generis* per tutti i governi latinoamericani. Descrivendo l'evoluzione di questa problematica, Colajanni giunge a classificare alcuni principali generi di pubblicazioni sui *pueblos indígenas* realizzate negli anni '80; mostra poi come la letteratura in materia venga a modificarsi del tutto negli anni '90 quando, in seguito alla mobilitazione delle organizzazioni indigene, si inizia a discutere di *reivindicaciones de derechos violados*. In seguito a questo processo, il dibattito pubblico assume per Colajanni una nuova connotazione, lasciando scaturire una specifica e ricca letteratura giuridica e giuridico-antropologica in materia. Colajanni distingue allora

gli studi che si sono occupati di *derechos de los pueblos indígenas*, comprendenti proposte normative, discussioni teoriche e rappresentazioni della questione indigena in termini giuridici, dai lavori che analizzano la *producción normativa propia* delle comunità indigene, fino a ponderare la capacità indigena di esercizio della giustizia, ovvero fino a considerare gli studi che trattano del tema della *jurisdicción indígena*. Il contributo di Colajanni si articola in un esame critico e estensivo di queste recenti forme di letteratura, rapportandole al complesso dibattito internazionale nel contesto della questione del diritto internazionale e dei diritti umani e dunque al dibattito sul futuro delle comunità indigene.

ANTONIO LUIGI PALMISANO, sulla scia del contributo ai precedenti Seminari –anche un esercizio di coniugazione fra diritti indigeni e diritti nazionali–, prosegue ad analizzare il dibattito relativo alle relazioni fra identità e trasformazioni sociali, politiche e giuridiche in America Latina, collocandolo nell’ambito dei processi di rappresentazione e di autorappresentazione. Questi stessi processi costituirebbero in sé un contesto normativo per l’azione sociale e politica di comunità indigene e perfino di Stati, un contesto di relazione interdipendente rispetto alla produzione delle rappresentazioni ricorrenti nel mondo post-globale. Le tre principali rappresentazioni delle società dell’America Latina –rappresentazione liberista; rappresentazione (e autorappresentazione) indigena; rappresentazione terza, ovvero dei mercati commerciali– configurano tale contesto. Il rapporto fra diritto e identità etniche, da una parte, e le costituzioni –nello specifico: le costituzioni di Brasile, Paraguay, Argentina, Uruguay e Venezuela– e i diritti nazionali (civile e penale) in America Latina, dall’altra, viene analizzato da Palmisano nelle sue interrelazioni con il diritto civile e penale internazionale. Al contempo, proprio le rappresentazioni sopraccitate conformano il diritto internazionale in modo da farlo coincidere *de facto* con l’ordine dei mercati. Il mercato finanziario e il mercato commerciale procedono dunque in un’attività di giuridificazione delle relazioni sociali che è il *character* del diritto nel mondo post-globale. Nuove identità nazionali, etniche e di comunità vengono così ad essere configurate nella tensione fra le rappresentazioni in questione, assumendo funzioni normative dell’azione sociale e politica.

Nell’intervento introduttivo alla sessione da lui presieduta, “L’identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici”, LUIGI MARIA LOMBARDI SATRIANI rileva la presenza di identità plurime nell’attore sociale e la molteplicità delle stesse anche nel tempo, sempre in prospettiva dell’attore sociale. Lombardi Satriani invita quindi i ricercatori ad un nuovo approccio allo studio dell’identità: “Noi dobbiamo abbandonare la prospettiva non solo dell’identità unica ma anche di un’identità che permanga impermeabile al rapporto con gli altri o che si senta minacciata dagli altri. La ricchezza dell’incontro interetnico consiste nel suo portare inevitabilmente al meticcio”. Con ciò viene dunque aperta la strada ad un riesame del diritto nel suo rapporto con le identità, proprio come riconoscimento della stessa pluralità del diritto, ovvero dei diritti, e a un riconosci-

mento del linguaggio come “modalità di essere dell’uomo in società” e dunque del multiculturalismo come condizione per l’affermazione di rapporti dialogici.

La stretta relazione fra lingua, politica e identità viene poi affrontata da MARISA CENSABELLA tenendo presente come la funzione del linguaggio trascenda la funzione referenziale. Le lingue indigene dell’Argentina –*toba, pilagá, mocoví, wichí, nivaclé, chorote, ava-chiriguano, mbya, guaraní, quichua santiagueño, tehuelche y mapuche*- vivono la difficile esperienza del passaggio intergenerazionale, correndo dunque il rischio, in alcuni casi, di scomparire. Fa però eccezione il *vilela*, ad esempio, ritenuto scomparso negli anni ’60, che, grazie al lavoro di alcuni linguisti argentini, è stato recuperato come lingua viva. La *educación bilingüe intercultural* o *educación intercultural bilingüe*, come oggi è più frequentemente chiamata, è stata dunque rafforzata ultimamente in maniera significativa e con successo, permettendo una migliore scolarizzazione e potenziando le capacità delle giovani generazioni all’interno delle comunità indigene di confrontarsi con i processi di globalizzazione e modernizzazione in atto in Argentina. Censabella analizza infine numerose esperienze argentine condotte nel campo della educazione bilingue.

Per quanto riguarda il Paraguay, AÍDA TORRES DE ROMERO esamina il cammino svolto nel campo del riconoscimento dei diritti linguistici e culturali, ovvero della protezione delle lingue e culture indigene. Ponendo la questione del rapporto riduttivo fra politiche linguistiche e normativa nazionale in materia, Aída Torres de Romero elenca le lingue indigene del Paraguay e passa ad esaminare i diritti linguistici, distinguendo i diritti personali e sociali dai diritti collettivi e sociali. Dopo aver analizzato l’apporto del *IV Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe*, con le proposte indigene accolte e realizzate nel 1992, Aída Torres de Romero descrive i lineamenti di una politica statale nazionale che miri al rispetto della identità, dei valori e della cultura dei *pueblos indígenas* del Paraguay. La stessa Costituzione come le altre principali leggi in materia di educazione, terra, ambiente e sicurezza alimentare vengono infine analizzate in rapporto alla questione indigena, ovvero alle comunità indigene presenti sia in ambito rurale che in ambito urbano, mentre al contempo viene rilevato come le legittime aspirazioni di queste comunità rappresentino una sfida democratica per tutta la società nazionale.

Una analisi puntuale della normativa in materia di educazione scolare indigena è svolta invece da MÁRCIA MORAES BLANCK per il Brasile. I diritti indigeni, già riconosciuti nella Costituzione del 1988, vengono riaffermati attraverso le successive leggi, come la *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394)* e il *Plano Nacional de Educação* (9 gennaio 2001), che fanno sì che l’educazione indigena per i 220 *povos indígenas* del Brasile esca dal ghetto: viene elaborata una risposta qualificata alle contemporanee aspettative delle comunità indigene –numericamente cresciute negli ultimi trenta anni, dopo la spaventosa decrescita demografica alla quale erano state sottoposte negli ultimi secoli-, anche attraverso la formazione di personale docente indigeno, giungendo a

disegnare e realizzare una nuova funzione sociale della scuola nelle terre indigene del Brasile.

Se le comunità indigene dell'America Latina rappresentano il campo di interesse comune a tutti gli studiosi partecipanti, VACLAV BELOHRADSKI si muove specificamente in un'analisi approfondita della stessa nozione di "comunità" fino a giungere a discutere l'idea di comunità "in quanto mito politico". Belohradski rileva che in effetti la categoria di "comunità" è imperante in tutta la cultura e sociologia del XIX secolo, e in parte del seguente, proprio a partire dalle analisi di Toennies; dunque, è associata all'idea di "formazione naturale": alla artificiosità della società viene contrapposta la naturalezza della comunità. L'affermazione, infine, di una civiltà che si sostituirebbe alla cultura, ovvero alle culture, ha la sua epifania in una retorica "antimoderna". E con ciò, l'originarietà della comunità si manifesta in quanto mito, in quanto ideologia. Come tale, dunque, può essere "decostruita". Ed è quanto Belohradski si appresta a fare, fino a giungere, con una serie di acute riflessioni, a discutere la dicotomia biocomunità-biosocietà e a tematizzare la contrapposizione fra comunità omogenea e comunità pluralistica nell'ambito della questione del rapporto fra l'universalismo democratico e le politiche di integrazione degli "stranieri culturali".

La continuità della riflessione e della ricerca e la complessità delle tematiche affrontate sono manifeste in tutti gli autori dei contributi qui presentati. Al contempo, il loro lavoro evidenzia la disponibilità ad un confronto sui temi delle identità etniche e linguistiche –come pure culturali, sociali e politiche- che coinvolga studiosi con esperienze istituzionali specifiche, ovvero latinoamericane e europee. La loro attenzione complementare nell'analisi dei programmi nazionali e internazionali di sviluppo, dei processi educativi, delle dinamiche della relazione fra Stati nazionali e comunità locali, lasciano pensare, nella comune attenzione alle questioni aperte dal diritto e dalla antropologia giuridica, allo sviluppo di un nuovo rapporto fra America Latina e Europa in grado di affrontare le difficili sfide in atto nell'epoca post-globale.

Introduzione

Cenni introduttivi alla protezione internazionale e interna dei popoli indigeni

Pietro Pustorino*

Negli ultimi anni si è sviluppato a livello dottrinale un forte interesse per lo studio delle complesse questioni riguardanti la protezione dei popoli indigeni in ambito internazionale e interno. Ciò è avvenuto anche in considerazione di alcuni importanti sviluppi della prassi che attribuiscono una rilevanza particolare all'esigenza specifica di tutela dei popoli indigeni, procedendo spesso a uno stretto coordinamento nell'applicazione di norme internazionali e interne allo scopo di proteggere in modo più efficace i popoli indigeni, come confermato dall'esame della recente giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo e delle decisioni di diversi organi giurisdizionali interni (sull'esame della giurisprudenza dei tribunali interni si veda la sezione seconda della parte giuridica).

Si è quindi riconosciuto ai popoli indigeni uno *status* di particolare autonomia sia rispetto alla disciplina dei diritti umani, sia con riguardo al contesto specifico di tutela delle minoranze, fermo restando che la normativa generale sui diritti umani e quella a protezione dei gruppi minoritari può tuttora costituire un utile parametro di riferimento per colmare le numerose lacune normative del regime giuridico dei popoli indigeni. La ragione di questa specificità risiede principalmente nel carattere particolare dei diritti e delle garanzie rivendicati dai popoli indigeni. Basti considerare, sotto il profilo dell'appartenenza a una determinata comunità indigena, la rilevanza del criterio dell'autoidentificazione, oppure, in merito alla tutela dei diritti di proprietà dei popoli indigeni, la necessità di costituire regole *ad hoc* in considerazione del carattere quasi esclusivamente orale di diverse culture indigene e quindi della difficoltà di vantare, da parte delle comunità indigene, diritti reali fondati su titoli scritti.

Occorre peraltro osservare che la disciplina normativa dei popoli indigeni è relativamente recente. Sul piano internazionale, essa si basa su alcuni importanti accordi internazionali (es. la Convenzione, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro il 27 giugno 1989 sui popoli indigeni e tribali) e su diverse regole di *soft law* formatesi prevalentemente grazie all'attività svolta nel quadro dell'ONU, come confermato dalla recente Dichiarazione dell'Assemblea generale del 13 settembre 2007, e di altre organizzazioni

* Professore associato di Organizzazione internazionale, Università di Siena.

internazionali (es. l'Organizzazione degli Stati americani). Dal punto di vista della giurisprudenza internazionale, come si è già rilevato, un'attenzione particolare deve essere rivolta alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che si è distinta per un'interpretazione particolarmente evolutiva delle norme della Convenzione americana, tenendo conto degli sviluppi normativi intervenuti a livello internazionale e nazionale, in modo da garantire una maggiore tutela dei popoli indigeni.

Non è quindi possibile, in sede di tutela dei popoli indigeni, prescindere dal profilo della protezione assicurata nel diritto interno, che per un verso rileva in sede di applicazione della normativa internazionale; per altro verso viene in evidenza in quanto può supplire alle numerose lacune riscontrabili nella tutela internazionale dei popoli indigeni attraverso il ricorso a principi e norme di diritto interno.

In sintesi, la disciplina normativa in esame sembrerebbe attualmente fondarsi su alcune norme e principi internazionali specificamente dedicate ai popoli indigeni, che vengono integrate sia da norme interne, sia da altre norme internazionali riguardanti i diritti umani e la tutela delle minoranze.

Sulla base di quanto appena affermato si è deciso di organizzare, nel giugno 2007 e in collaborazione con l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA), un incontro di studio che, nella parte giuridica, aveva lo scopo, in primo luogo, di dare un quadro normativo generale della tutela internazionale dei popoli indigeni e di approfondire alcuni aspetti relativi alla protezione internazionale delle risorse naturali e dei diritti di proprietà intellettuale, affrontando inoltre il problema essenziale concernente la riparazione delle violazioni dei diritti dei popoli indigeni. In secondo luogo, si è inteso offrire una "panoramica" di alcune esperienze normative nazionali di tutela dei popoli indigeni, sulla base dei criteri di un'equa distribuzione geografica fra le numerose esperienze di diritto interno disponibili nella prassi e della oggettiva rilevanza generale di alcune specifiche normative nazionali, in modo da mettere a confronto tali esperienze normative e verificare l'eventuale sussistenza di elementi comuni ai diversi approcci interni di tutela.

Oggi, grazie al contributo finanziario dell'IILA, vengono pubblicati gli atti di questo incontro di studio, che si avvalgono altresì di una cospicua parte antropologica e linguistica cui è dedicata un'introduzione a parte.

In relazione alla pubblicazione degli atti intendo ringraziare i giovani colleghi Massimo Francesco Orzan e Giuseppe Stuppia, nonché la dott.ssa Benedetta Audia per il loro contributo alla rilettura di alcuni contributi di carattere giuridico di questo volume.

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*

SOMMARIO: Parte prima: la definizione del concetto di “popolo indigeno”. 1. La nozione di “minoranza”.- 2. Analogie e differenze fra i “popoli indigeni” e le “minoranze”. – 3. La nozione di “popolo” che emerge dalla prassi internazionale in materia di autodeterminazione. – 4. Analogie e differenze fra i “popoli indigeni” ed i “popoli” più in generale. – 5. Conclusioni provvisorie. Parte seconda: il quadro generale dei diritti riconosciuti ai popoli indigeni. 1. Diritti umani generalmente riconosciuti agli individui. – 2. Diritti attinenti al principio di non discriminazione. – 3. Diritti attinenti al principio di autodeterminazione. – 4. Diritti relativi alla protezione dell’identità culturale. – 5. Diritti relativi alla protezione della proprietà. Parte terza: i popoli indigeni come enti collettivi destinatari diretti di norme internazionali. Parte quarta: conclusioni generali.

Parte prima: *la definizione del concetto di “popolo indigeno”*.

Conviene chiarire innanzitutto il concetto giuridico di “popolo indigeno” che rileva ai fini della disciplina internazionalistica. Come è noto, si tratta di un problema complesso, poiché la stessa Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni del 2007¹ ha rinunciato a fornire una definizione di cosa si intenda per “popolo indigeno”, rinviando, *ex art.* 33, al c.d. criterio della auto-identificazione².

Per parte nostra, ci proponiamo di partire confrontando il concetto di “popolo indigeno” con quello di “minoranza” e poi con quello più generale di “popolo”, che si sono affermati nel diritto internazionale. Le conclusioni provvisorie che ricaveremo dovranno poi essere verificate al termine dell’esame complessivo dei diritti che vengono riconosciuti ai popoli indigeni nell’ordinamento internazionale contemporaneo.

1. *La nozione di “minoranza”*.

A prima vista, le popolazioni indigene evocano la nozione giuridica di “minoranza”.

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Siena.

¹ *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UNGA Res. 61/295 del 13 settembre 2007. (A/RES/61/295). Come è noto, la Dichiarazione era stata in precedenza adottata dal Consiglio dei diritti umani con ris. 1/2 del 29 giugno 2006.

² Art. 33, par. 1: “Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions...”.

Infatti, nel diritto internazionale, il concetto di “minoranza” esprime l’idea di *ethnos*, cioè di un gruppo di persone, che si distingue perché ha in comune razza, religione, lingua e tradizioni, ed è unito in un vincolo di reciproca solidarietà; e non corrisponde invece all’idea di *demos*, cioè di un gruppo di persone, di carattere generale e indistinto, appartenente ad una certa entità territoriale³.

Ciò premesso, sia nel quadro dell’ONU che in quello di organizzazioni internazionali regionali, sono stati effettuati numerosi tentativi di pervenire ad una definizione esatta della nozione di “minoranza”, ma senza grandi successi. Ma si può forse dire che gli elementi che ricorrono in quasi tutte le proposte che sono state avanzate sono: a) la dimensione minoritaria del gruppo rispetto alla maggioranza della popolazione di uno Stato; b) la posizione non dominante del gruppo; c) un’identità fissata sulla base di criteri etnici, linguistici, religiosi e culturali (requisito oggettivo); d) la volontà dei membri del gruppo di preservare tali caratteri e di mantenere un sentimento di solidarietà reciproca (requisito soggettivo)⁴.

Si deve anche notare che il diritto internazionale non ha mai riconosciuto alle minoranze il diritto all’autodeterminazione, né esterna né interna⁵; ed ha anche mostrato, quantomeno fino a tempi recenti, la tendenza a non riconoscere le minoranze come entità collettive, ma piuttosto a riconoscere diritti esclusivamente ai singoli individui appartenenti alle minoranze (c.d. approccio individualista al problema delle minoranze) o, tutt’al più, a riconoscere alle minoranze diritti individuali ad esercizio, possibilmente ma non necessariamente, collettivo⁶.

2. Analogie e differenze fra i “popoli indigeni” e le “minoranze”.

Ciò premesso, ci sembra chiaro che il concetto di “popoli indigeni” si presta, a prima vista, ad essere ricondotto nel quadro del concetto più generale di “minoranze”, poiché esso coincide con l’idea di *ethnos* e non di *demos* e poiché esso è caratterizzato quasi sempre dai quattro elementi, sopra indicati, a proposito delle minoranze. L’unico elemento che talora manca, ma raramente, è dato dall’inferiorità numerica del popolo indigeno rispetto alla maggioranza della popolazione dello Stato⁷. Tuttavia, si potrebbe anche sostenere che

³ Vedi, per tutti, A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, pp. 625ss., spec. p. 630.

⁴ Vedi, fra gli altri, F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l’art.27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992, p. 102 ss., in particolare pp. 107-109; F. POCAR, *Note sulla giurisprudenza del Comitato dei diritti dell’uomo in materia di minoranze*, in *La tutela giuridica delle minoranze* in S. Bartole, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro (a cura di), Padova, 1998, p. 31 ss., in particolare pp. 36-37; A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 625 ss., spec. p. 636; P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, p. 259 ss., in particolare pp. 259-263.

⁵ Vedi, per tutti, A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p.629; A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di P. Gaeta), Bologna, 2006, p. 138.

⁶ Vedi A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 229 e p. 628.

⁷ Vedi sul punto anche P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze*, cit., p. 261.

tale elemento non sia essenziale, se resta fermo l'altro elemento della posizione non dominante del gruppo rispetto ad altri gruppi esistenti all'interno dello Stato.

Inoltre, si potrebbe sostenere che il concetto di “popoli indigeni” non solo rientri nel concetto più generale di “minoranze”, ma costituisca anche una *nozione speciale* rispetto a quella generica di “minoranza”, cioè una minoranza *sui generis*; poiché essa è caratterizzata da certi elementi distintivi ed aggiuntivi: a) l'origine storica più antica dell'inseadimento territoriale dei “popoli indigeni” rispetto alle “minoranze generiche”; b) l'importanza particolare del fattore territoriale ed il rapporto funzionale fra il controllo del territorio da parte del popolo indigeno ed il mantenimento della propria identità culturale⁸.

Pertanto si potrebbe, sempre a prima vista, concludere che i popoli indigeni sono delle minoranze “speciali”, cui si applicano tutte le norme applicabili alle minoranze e, in aggiunta, alcune norme particolari, che si giustificano soprattutto in funzione dei diritti, che tali popoli hanno maturato nel tempo, nei due settori attinenti alle risorse naturali del territorio ed alla identità culturale.

Tuttavia, l'inquadramento *sic et simpliciter* del concetto di “popolo indigeno” in quello di “minoranza” presentava fin dall'inizio e presenta tuttora degli svantaggi notevoli, dal punto di vista giuridico, per le popolazioni indigene medesime. Tali inconvenienti sono, in sostanza, i due già indicati: a) il fatto che il diritto internazionale tende a non riconoscere diritti collettivi alle minoranze; b) più in particolare, il mancato riconoscimento alle minoranze di un diritto all'autodeterminazione. In definitiva, il concetto di minoranza (per ragioni storiche ben note legate al pericolo che rappresenta per la sovranità statale), offriva ed offre tuttora scarso potenziale di rinnovamento e di progresso normativo nel diritto internazionale dei diritti umani.

Ciò spiega, a nostro avviso, perché gli stessi popoli indigeni abbiano sempre evitato di restare “vincolati” al regime internazionale delle minoranze ed abbiano invece cercato di ottenere uno *status* giuridico diverso, più ispirato alla tutela di diritti collettivi. Ma su questo punto importante ritorneremo in seguito.

3. La nozione di “popolo” che emerge dalla prassi internazionale in materia di autodeterminazione.

Passiamo adesso al concetto più generale di “popolo” ai sensi del diritto internazionale. Come è noto, a parte certi usi equivoci del termine “popolo” che si trovano in alcuni atti internazionali (nei quali in realtà si intende far riferimento agli Stati)⁹, il concetto giuridico più significativo di “popolo” emerge nel diritto internazionale a proposito del principio di autodeterminazione, esterna ed interna.

⁸ Si veda ancora P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze*, cit., p. 261 e pp. 274-276.

⁹ Vedi B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 21.

In questo settore, come è stato dimostrato in maniera convincente in dottrina¹⁰, la prassi internazionale della decolonizzazione ed altri elementi della prassi internazionale hanno sempre configurato una nozione di popolo di carattere statale-territoriale (per la quale il popolo coincide con l'intera popolazione di un'unità territoriale definita, già Stato oppure in via di diventarlo per effetto di autodeterminazione) e non invece una nozione di popolo di carattere etnico (per la quale il popolo sarebbe invece un gruppo che si distingue perché connotato da caratteri culturali, linguistici, religiosi, etnici specifici e particolari). Pertanto la nozione di “popolo” che rileva nel diritto internazionale è una nozione omni-comprendente, definita su base territoriale ed essa coincide con l'idea di *demos*, cioè di una popolazione che ha carattere generale ed indifferenziato all'interno di una certa entità territoriale.

Inoltre si noti che il diritto internazionale considera il popolo come un'entità collettiva; anzi per molto tempo l'unica entità collettiva beneficiaria di tutela da parte di norme internazionali. Ciò costituisce, come si è già osservato, una differenza importante rispetto a quanto si verifica per le minoranze.

4. Analogie e differenze fra i “popoli indigeni” ed i “popoli” più in generale.

Ciò premesso, è chiaro che il concetto di “popolo indigeno”, coincidendo con l'idea di *ethnos* piuttosto che con l'idea di *demos*, è decisamente diverso dal concetto di “popolo”, quale è emerso dalla prassi internazionale della seconda metà del XX secolo in materia di autodeterminazione. Pertanto è chiaro che le differenze fra i due concetti sono piuttosto nette; tanto che, a prima vista, sembrerebbe che le analogie fra la nozione di “popoli” e quella di “popoli indigeni” siano solo di natura terminologica.

Tuttavia, non si possono ignorare vari elementi della prassi recente che spingono invece nel senso di una assimilazione fra il concetto di “popolo indigeno” ed il concetto generale di “popolo”. Innanzitutto, la stessa affermazione sul piano giuridico-diplomatico della terminologia “popoli indigeni” non può essere casuale e deve avere un significato. In secondo luogo, non si può sottovalutare il fatto che l'art. 2 della già citata Dichiarazione ONU del 2007 afferma esplicitamente che i popoli indigeni sono “equal to all other peoples”. Infine, si deve notare che l'art. 3 della medesima Dichiarazione afferma che i popoli indigeni hanno diritto all'autodeterminazione.

In effetti, noi crediamo che, alla base dell'esigenza di riconoscere alle popolazioni indigene la qualifica di “popolo”, ci sia il fatto che il concetto giuridico di “popolo”, al contrario di quello di “minoranza”, ha in sé stesso un forte potenziale rinnovatore (direi quasi “rivoluzionario”) nel diritto internazionale dei diritti umani. In altri termini, l'uso del termine “popolo” aveva ed ha il merito, dal punto di vista delle popolazioni indigene, di spin-

¹⁰ Vedi A. TANCREDI, *La secessione*, cit., spec. p. 624 ss.

gere verso il riconoscimento in generale di diritti collettivi e, fra di essi, verso il riconoscimento di un (seppur limitato) diritto all'autodeterminazione.

5. Conclusioni provvisorie.

Pertanto, in definitiva, la nostra tesi è che i popoli indigeni devono essere considerati oggi come un *tertium genus*, rispetto a minoranze ed a popoli: un *tertium genus* che gode di uno *status* giuridico per così dire intermedio rispetto a quelli degli altri due gruppi. In sostanza, i popoli indigeni usufruiscono quasi sempre dei diritti spettanti alle minoranze. Inoltre, in quanto minoranze speciali per motivi soprattutto di carattere storico, usufruiscono di certi diritti tipici e specifici dei popoli indigeni (specie quelli che ruotano intorno all'identità culturale). Infine godono anche di *alcuni* diritti dei popoli, sia pure in forma minore ed attenuata rispetto ai popoli (specie i diritti relativi all'autodeterminazione interna e la capacità di essere titolari di diritti collettivi).

Si tratta adesso di verificare queste conclusioni provvisorie alla luce dei dati concreti che emergono dal complesso dei diritti attribuiti alle popolazioni indigene dalle norme internazionali.

Parte seconda: *il quadro generale dei diritti riconosciuti ai popoli indigeni.*

Se vogliamo descrivere brevemente i diritti dei popoli indigeni, conviene prendere come punto di riferimento la recente Dichiarazione ONU del 2007, la quale, come è noto, non costituisce un atto vincolante; ma è comunque un punto di arrivo di un lungo processo intrapreso dalle Nazioni Unite e volto verso la codificazione della materia. Pertanto essa costituisce un punto di riferimento importante nel tentativo di individuare i principi generali della disciplina internazionale a tutela dei popoli indigeni.

Per esaminare in sintesi i diritti sostanziali riconosciuti ai popoli indigeni nella Dichiarazione ONU, possiamo individuare, per motivi sistematici ed espositivi, 5 gruppi principali di diritti: 1) i diritti umani generalmente riconosciuti agli individui; 2) i diritti attinenti al principio di non discriminazione; 3) i diritti attinenti al principio di autodeterminazione; 4) i diritti relativi alla protezione dell'identità culturale; 5) i diritti relativi alla protezione della proprietà.

1. *Diritti umani generalmente riconosciuti agli individui.*

L'art. 1 della Dichiarazione ONU afferma che i popoli indigeni hanno il diritto al pieno godimento, sia come enti collettivi che come individui, di tutti i diritti umani riconosciuti dalla Carta delle Nazioni Unite, dalla Dichiarazione Universale del 1948 e dal diritto internazionale dei diritti umani.

Ma in realtà si tratta di diritti umani che il diritto internazionale attualmente in vigore riconosce quasi esclusivamente agli individui e non ad enti o gruppi collettivi. Pertanto, a prima vista, l'art. 1 della Dichiarazione sembrerebbe una regola assai innovativa, che intende estendere ai popoli indigeni un'ampissima serie di diritti umani, addirittura tutti i diritti umani riconosciuti nell'ordinamento internazionale.

Tuttavia, riflettendo meglio, appare chiaro che l'art. 1 non può aggiungere nulla ai diritti umani già appartenenti agli individui; e che, invece, quanto ai popoli indigeni come enti collettivi, la disposizione può avere solo un valore di principio esortativo o programmatico: infatti è assai difficile ipotizzare l'immediata attribuzione di tutti i diritti umani ai popoli indigeni quali enti collettivi. Non ci sembra che all'art. 1, sotto questo aspetto, si possa riconoscere neppure il valore di una regola di sviluppo progressivo del diritto internazionale.

2. Diritti attinenti al principio di non discriminazione.

L'art. 2 della Dichiarazione del 2007 afferma che i popoli indigeni e i singoli individui appartenenti a tali popoli sono eguali agli altri popoli ed agli altri individui ed hanno il diritto a non essere discriminati nell'esercizio dei propri diritti.

Se questa disposizione deve essere intesa nel senso di un mero richiamo al principio generale di non discriminazione, essa non è molto significativa. È noto che il principio di non discriminazione, sorto originariamente proprio in materia di tutela di certe minoranze (etniche e religiose), si è progressivamente esteso ad altri gruppi minoritari e quindi è divenuto un principio generale applicabile a tutti i diritti umani¹¹.

Tuttavia, tale principio ha continuato a giocare un ruolo fondamentale in materia di tutela delle minoranze, dove ha esteso e precisato la sfera del suo contenuto ed ha dato vita ad una serie di principi e diritti *più specifici*, alcuni dei quali sono probabilmente stati incorporati nel regime dei diritti generalmente riconosciuti alle minoranze. Si pensi, ad esempio, al principio di non assimilazione o al principio che impone agli Stati di proteggere le minoranze dalla discriminazione sia con misure positive sia con misure relative ai rapporti orizzontali fra privati¹². In sostanza, le minoranze godono di una normativa speciale, piuttosto sofisticata, in materia di non discriminazione.

Si noti che anche nella Dichiarazione ONU vi è il tentativo di non essere troppo generici in materia di non discriminazione, poiché, oltre al principio generale di non discriminazione *ex art. 2*, vi sono anche varie disposizioni che cercano di applicare il divieto di discriminazione in alcuni settori specifici, ad es. in materia di educazione (art. 14, par. 2), di accesso ai *media* (art. 16, par. 1), di condizioni di lavoro (art. 17, par. 3)... Tuttavia è pro-

¹¹ Vedi sul punto P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze*, cit., pp. 272-276.

¹² *Ibidem*, pp. 269-270 e p. 273.

babile che le norme antidiscriminatorie a favore dei popoli indigeni lascino spazio a delle lacune rispetto al suddetto regime giuridico complessivo, più antico e più consolidato, costituito dalle norme antidiscriminatorie applicabili alle minoranze.

Ed è su questo aspetto che sorge il problema più interessante: i principi ed i diritti sulla non discriminazione che si sono sviluppati nella prassi a favore delle minoranze sono applicabili automaticamente anche a tutti i popoli indigeni? Oppure sono applicabili solo a quei popoli indigeni che costituiscano di fatto minoranze dal punto di vista della loro consistenza numerica? Oppure essi non sono applicabili ai popoli indigeni, poiché questi ultimi non devono essere considerati come minoranze? Poiché, come abbiamo già detto, riteniamo che i popoli indigeni abbiano, quasi sempre, anche lo *status* giuridico di minoranza, pensiamo che essi possano quasi sempre usufruire delle norme applicabili alle minoranze.

3. Diritti attinenti al principio di autodeterminazione.

Il terzo gruppo di diritti applicabili ai popoli indigeni attiene al principio di autodeterminazione. In particolare, la Dichiarazione ONU del 2007 riconosce ai popoli indigeni il diritto di autodeterminazione nel Preambolo, negli articoli 3 e 4, e in una serie di altre disposizioni complementari.

Poiché nel Preambolo si parla del diritto di autodeterminazione “of all peoples”, e di diritto di autodeterminazione “exercised in conformity with international law”, e nell’art. 2 si dice che i popoli indigeni sono “equal to all other peoples”, si pone il problema di stabilire se ai popoli indigeni siano applicabili o meno i diritti di autodeterminazione spettanti ai “popoli” come enti collettivi più generali.

In primo luogo, si pone la questione circa la c.d. autodeterminazione esterna. In realtà, secondo l’interpretazione preferibile¹³, il diritto di autodeterminazione esterna (cioè il diritto all’indipendenza), in quanto principio giuridico di diritto internazionale *generale*, si applica soltanto in tre ipotesi: a) ai popoli soggetti a dominazione coloniale; b) ai popoli sottoposti a un regime di occupazione militare da parte di un Governo straniero; c) a popolazioni assoggettate a discriminazione razziale da parte del proprio Governo. Inoltre, come si è detto, tale diritto di autodeterminazione, nella prassi risalente nel tempo e anche in quella attuale, si è applicato al popolo, inteso come *demos*, e non alla minoranza, intesa come *ethnos* (ciò anche nell’ipotesi delle popolazioni assoggettate a discriminazione razziale)¹⁴.

In quanto invece al diritto di autodeterminazione c.d. interna (cioè il diritto di autoorganizzazione politica, di autonomia, di autogoverno), alcuni autori¹⁵ negano che esso sia

¹³ Vedi, per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 21 ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 134 ss.

¹⁴ Vedi A. TANCREDI, *La secessione*, cit., p. 263.

¹⁵ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 23-24.

un principio giuridico, mentre altri¹⁶ ritengono che esso trovi applicazione in alcuni trattati internazionali (ad es. nell'art. 1 dei Patti ONU del 1966) e, quanto al diritto internazionale generale, solo a favore dei gruppi razziali cui sia negato il pieno accesso al governo.

Pertanto, sulla base di queste premesse (e di quanto detto sopra sul fatto che il concetto di “popolo indigeno” è diverso dal concetto di “popolo” come *demos*), è chiaro che la Dichiarazione ONU, nel riconoscere ai popoli indigeni il diritto all'autodeterminazione dei popoli, appare a prima vista come un elemento fortemente innovativo. In particolare, sarebbe una forte novità, alla luce della prassi internazionale, l'attribuzione ai popoli indigeni di un diritto all'autodeterminazione esterna.

Tuttavia, se si esaminano gli articoli pertinenti della Dichiarazione, si nota subito che il principio di autodeterminazione assume un connotato rivolto soltanto verso la dimensione “interna” dell'autodeterminazione; cioè verso forme parziali di autonomia e di autogoverno nelle questioni locali. Infatti, già l'art. 4 della Dichiarazione afferma che i popoli indigeni, nell'esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione, hanno il diritto all'autonomia o all'autogoverno in questioni relative ai loro affari interni e locali, così come nei modi e nei mezzi per finanziare le proprie attività autonome. E nell'art. 5 si afferma che i popoli indigeni hanno il diritto di mantenere e rafforzare le loro distinte istituzioni politiche, giuridiche, economiche, sociali e culturali. Infine nell'art. 18 si stabilisce che i popoli indigeni hanno il diritto di mantenere e sviluppare le proprie istituzioni decisionali (*decision-making institutions*) e di partecipare alle decisioni che potrebbero incidere sui propri diritti con rappresentanti scelti da essi stessi in base alle proprie procedure.

Questi diritti di autonomia e di autogoverno vengono poi riaffermati ed in una certa misura specificati anche in una serie di altre disposizioni, che si occupano appunto di sfere più particolari di esercizio di autonomia e di identità culturale. Ad esempio, nell'art. 14, che si occupa dei diritti dei popoli indigeni relativi all'istruzione, si afferma anche il loro diritto di stabilire e controllare sistemi e istituti di istruzione nella propria lingua e cultura. Oppure, nell'art. 16, che attiene ai diritti alla libertà di espressione, si enuncia il diritto dei popoli indigeni di stabilire i propri *media* nella propria lingua. Oppure, nell'art. 20, che si occupa dei diritti economici e sociali, si afferma il diritto dei popoli indigeni di mantenere e sviluppare i propri sistemi o istituzioni politici, economici e sociali. Altre disposizioni sono dello stesso tenore ed hanno il medesimo scopo¹⁷.

Quindi, ci sembra chiaro che il principio di autodeterminazione dei popoli indigeni deve essere inteso solo nella sua dimensione interna. Ci sembra inoltre che, anche in questa valenza più limitata, esso non rifletta ancora un principio autonomo di diritto consuetudinario già consolidato; ma appaia piuttosto come un principio soltanto funzionale rispet-

¹⁶ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., p. 136.

¹⁷ Vedi, ad esempio, gli articoli 19, 23, 27, 31, 32-34.

to ai diritti che attengono alla protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni, diritti di cui ci apprestiamo adesso a parlare.

4. Diritti relativi alla protezione dell'identità culturale.

Il quarto gruppo di diritti dei popoli indigeni attiene alla protezione dell'identità culturale. Questi diritti meritano la massima attenzione, perché essi sono, a nostro avviso, quelli più interessanti, specifici ed innovativi appartenenti ai popoli indigeni; e quelli che più di tutti hanno storicamente giustificato un regime speciale per i popoli indigeni rispetto al regime generale delle minoranze. Infatti è chiaro che il problema della identità culturale si pone per tutte le minoranze; ma si presenta in modo particolarmente forte per le popolazioni indigene che, per motivi storici, hanno subito gravi attentati e violazioni contro la propria identità.

In sintesi, si può affermare che la rilevanza particolare del diritto all'identità culturale è dimostrata anche dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, che spesso pone in relazione il diritto all'identità culturale con il diritto di proteggere la sopravvivenza stessa delle comunità indigene. In questo senso sono significative, fra le altre, le sentenze della Corte nei casi *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*¹⁸, *Comunidad Moiwana c. Suriname*¹⁹ e *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*²⁰.

Inoltre, la stessa Dichiarazione ONU del 2007 dedica i primi tre *consideranda* del Preambolo ad affermare il principio del rispetto della diversità culturale di tutti i popoli. Il rapporto stretto fra identità culturale e integrità delle comunità indigene risulta chiaro anche dagli articoli 7-10 della Dichiarazione. Nell'art. 7, par. 2, si afferma il diritto dei popoli indigeni di vivere in pace e sicurezza come popoli distinti e di non essere soggetti a genocidio o atti di rimozione forzata; nell'art. 8, si stabilisce il diritto di non essere sottoposti ad assimilazione forzata o distruzione della propria cultura; nell'art. 10 infine si enuncia il diritto dei popoli indigeni a non essere forzatamente trasferiti dai propri territori.

Nelle disposizioni successive (articoli 11-13) il principio del rispetto della diversità culturale viene rafforzato e specificato ulteriormente, poiché si affermano, in maniera dettagliata, una serie di diritti dei popoli indigeni che attengono alle proprie tradizioni culturali, spirituali, religiose, ed al mantenimento dei propri siti, manufatti, riti cerimoniali, oggetti d'arte e letterari... Infine, vi sono una serie di altre disposizioni complementari (delle quali abbiamo già parlato)²¹, che permettono ai popoli indigeni di mantenere un regime di autonomia e di autogoverno in materia di istruzione, di *media*, di istituzioni deci-

¹⁸ Sentenza del 17 giugno 2005, spec. paragrafi 135 e 147, consultabile in <http://www.corteidh.or.cr/>.

¹⁹ Sentenza del 15 giugno 2005, par. 131, consultabile in <http://www.corteidh.or.cr/>.

²⁰ Sentenza del 29 marzo 2006, par. 118, consultabile in <http://www.corteidh.or.cr/>.

²¹ Vedi *supra*, parte seconda, par. 3.

sionali, di istituzioni economiche, sociali, sanitarie... È chiaro che questo regime di autogoverno serve a rendere più efficace la protezione dell'identità culturale. Lo stesso discorso vale per le già menzionate norme contro la discriminazione²².

5. Diritti relativi alla protezione della proprietà.

Infine, il quinto gruppo di diritti dei popoli indigeni è quello relativo alla protezione della loro proprietà sulle terre, acque ed altre risorse naturali da essi storicamente possedute, occupate o comunque utilizzate²³.

Il punto principale, che conviene sottolineare, è che i diritti di proprietà territoriale dei popoli indigeni servono non solo a salvaguardare la loro identità culturale, ma addirittura, quantomeno in certi casi, a proteggere la loro stessa sopravvivenza. Questo rapporto stretto è stato messo in luce anch'esso dalla Corte interamericana nel *leading case Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*²⁴ e poi in varie sentenze successive²⁵. Secondo la Corte, da ciò deriva che, in caso di confisca, occupazione od altro uso della proprietà da parte dello Stato senza il consenso dei popoli indigeni, vi è innanzitutto un obbligo di restituzione a favore di questi ultimi e, in caso di impossibilità, un obbligo di attribuzione di altri territori uguali, mentre solo in ultima ipotesi, e con il consenso della popolazione indigena, è dovuta la corresponsione di un adeguato indennizzo²⁶.

Nella Dichiarazione ONU del 2007, gli articoli da 25 a 32 sono dedicati ai diritti di proprietà dei popoli indigeni. L'art. 25 è la disposizione che stabilisce il legame fra identità culturale e proprietà, poiché afferma che i popoli indigeni hanno il diritto a mantenere il loro particolare rapporto spirituale con i propri territori e le proprie risorse naturali ed a trasmetterlo alle future generazioni.

L'art. 26 è la norma base, che stabilisce che i popoli indigeni hanno "the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired". L'art. 28, tuttavia, limita tale diritto, stabilendo che i popoli indigeni hanno il diritto alla riparazione, tramite mezzi che possono includere restituzione o, quando non è possibile, giusto ed equo risarcimento, per le terre, territori e risorse confiscate, occupate o comunque usate senza il loro consenso. Il risarcimento consisterà in terre, territori e risorse eguali, in qualità, grandezza e *status* giuridico, rispetto a quelle perdute oppure si tratterà di un risarcimento monetario od altra forma di riparazione. Infine, vi sono

²² Vedi *supra*, parte seconda par. 2.

²³ Su questi diritti si vedano più ampiamente, in questo volume, i contributi di R. VIRZO e S. VEZZANI.

²⁴ Sentenza del 31 agosto 2001, par. 149, consultabile in <http://www.corteidh.or.cr/>.

²⁵ Vedi *supra*, note 18-20.

²⁶ Per un esame della giurisprudenza interamericana su questi aspetti, si veda J. ANAYA, R.A. WILLIAMS JR., *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2001, p.33 ss.

altre disposizioni della Dichiarazione²⁷ che si occupano di aspetti più specifici dei diritti di proprietà sui territori o sulle altre risorse naturali.

A noi sembra che queste disposizioni riflettano, grosso modo, la giurisprudenza sopra citata della Corte interamericana²⁸.

Parte terza: i popoli indigeni come enti collettivi destinatari diretti di norme internazionali.

All'inizio, avevamo detto che il diritto internazionale ha mostrato, almeno fino a tempi recenti, la tendenza a non riconoscere le minoranze come entità collettive, ma piuttosto ad attribuire diritti soltanto ai singoli individui appartenenti alle minoranze. Al contrario, per quanto riguarda i popoli, il diritto internazionale, fin da quando ha iniziato ad ammettere il principio giuridico di autodeterminazione, ha riconosciuto il popolo come ente collettivo.

Ciò premesso, quale è la situazione per i popoli indigeni? Avevamo detto che, a nostro avviso, uno degli obiettivi di fondo, di politica giuridica e diplomatico-giuridica, che ha indotto le popolazioni indigene ed i loro sostenitori ad insistere per l'assimilazione fra il concetto di "popolo indigeno" ed il concetto generale di "popolo", è stata proprio l'aspirazione verso il riconoscimento di diritti collettivi.

Ci sembra che, sotto questo aspetto, tale politica abbia avuto molto successo. Infatti non si può dubitare che molti dei diritti umani sostanziali di cui abbiamo fin qui discusso appartengano non solo ai singoli appartenenti ai popoli indigeni, ma anche ai popoli indigeni in quanto enti collettivi. In altri termini, vi sono ormai norme di diritto internazionale che si indirizzano formalmente ai popoli indigeni come enti collettivi (e non soltanto ai singoli componenti dei popoli) e che attribuiscono loro titolarità di diritti. Del resto, su questo punto la Dichiarazione ONU è chiarissima, tanto che essa sottolinea *espressamente*, con la terminologia usata in ciascuna disposizione, la differenza fra le disposizioni che si indirizzano solo agli indigeni intesi come individui da quelle che si indirizzano ai popoli indigeni intesi come soggetti collettivi ed infine quelle che si indirizzano sia agli individui che ai popoli indigeni.

Naturalmente, come abbiamo già notato, la Dichiarazione non è di per sé vincolante; ma a nostro avviso le sue disposizioni principali, ovvero i suoi principi più generali, corrispondono al diritto internazionale generale. Pertanto si può ritenere che i popoli indigeni siano titolari, in quanto enti collettivi, di alcuni diritti umani sostanziali di carattere generale, quali il divieto di discriminazione, il diritto all'identità culturale, il diritto di proprie-

²⁷ Articoli. 27, 29-32.

²⁸ Di diverso parere è P. PUSTORINO, *Sviluppi sulla protezione internazionale dei popoli indigeni: la Dichiarazione ONU del Consiglio sui diritti umani*, in A.L. Palmisano (a cura di), *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo*, Roma, 2007, p. 17 ss., in particolare pp. 24-25, il quale ritiene che, rispetto alla Dichiarazione, la giurisprudenza della Corte interamericana sia più favorevole ai diritti dei popoli indigeni.

tà sulle risorse naturali. Ciò trova conferma in altri atti internazionali e nella giurisprudenza di alcuni organi internazionali di controllo, quali la Corte interamericana ed il Comitato dei diritti umani.

Riteniamo invece che si debba per ora escludere, come già detto, che i popoli indigeni usufruiscano, in quanto enti collettivi ed ai sensi del diritto internazionale generale, di altri diritti umani più specifici; o addirittura, come pretenderebbe l'art. 1 della Dichiarazione del 2006, di tutti i diritti umani previsti dal diritto internazionale dei diritti umani.

Si pone infine il problema se i popoli indigeni abbiano anche, in quanto enti collettivi, certi diritti umani strumentali e certi altri diritti umani di natura processuale.

Quanto ai primi, è da segnalare l'art. 37 della Dichiarazione ONU, che prevede il diritto dei popoli indigeni al riconoscimento, rispetto ed esecuzione dei trattati ed accordi conclusi con Stati e con successori di questi. Alcuni autori²⁹ hanno notato che si tratta della concessione di poteri “quasi sovrani” a favore dei popoli indigeni. Tuttavia ci sembra che l'art. 37, per il momento, non rifletta il diritto internazionale generale.

Quanto ai diritti umani processuali, conviene notare l'art. 40 della Dichiarazione ONU, che afferma che i popoli indigeni hanno il diritto a rimedi effettivi e procedure eque per la risoluzione delle loro controversie con gli Stati³⁰. Si tratta, a nostro avviso, di una sorta di applicazione al settore delle controversie fra i popoli indigeni ed i loro governi dei noti diritti processuali (stabiliti in numerosi trattati universali e regionali sui diritti umani) sull'accesso alla giustizia, su un rimedio interno effettivo e sull'equo processo. L'art. 40 ci sembra più in linea con il diritto internazionale generale, o quantomeno con lo sviluppo progressivo di questo diritto, che appare sempre più favorevole ad estendere l'applicazione dei diritti di accesso alla giustizia, considerati funzionalmente necessari alla tutela dei diritti umani sostanziali. Tuttavia, è necessaria una certa prudenza a proposito dei popoli indigeni, poiché di fatto la possibilità per essi di proporre ricorsi collettivi ad organi internazionali di controllo sulle violazioni dei diritti umani è ammessa per ora solo in alcuni sistemi convenzionali.

Parte quarta: *conclusioni generali*.

Se la strategia giuridica e politico-diplomatica dei popoli indigeni era quella di evitare di rimanere “vincolati” allo *status* delle minoranze, e di aspirare invece ad ottenere un

²⁹ P. PUSTORINO, *Sviluppi sulla protezione internazionale*, cit., p. 26.

³⁰ Art. 40: “Indigenous peoples have the right to have access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective rights....”.

regime giuridico più favorevole e più avanzato nell'ottica dei diritti umani, ed in particolare un regime che avesse carattere di specialità e fosse anche fondato sulla tutela di diritti collettivi, questa strategia è risultata nel complesso vincente.

Infatti, a nostro parere, i popoli indigeni hanno ottenuto, sia pure a titolo di sviluppo progressivo del diritto internazionale, ambedue gli obiettivi: a) un regime speciale, caratterizzato soprattutto dai diritti all'identità culturale, dai diritti di proprietà sulle risorse e dai diritti di autonomia ed autogoverno nelle questioni interne (gli ultimi due funzionali rispetto ai primi); b) la tutela di diritti collettivi di carattere sostanziale. Invece, non ci sembra che i popoli indigeni abbiano ottenuto per ora un terzo obiettivo più ambizioso, costituito dal diritto di autodeterminazione esterna.

RIPARAZIONE PER LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI: QUALE RUOLO PER IL DIRITTO INTERNAZIONALE?

Francesco Francioni*

SOMMARIO: 1. Introduzione.- 2. I ricorsi presentati da soggetti non statali in base alle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati. – 3. Riparazione per le violazioni di diritti umani. – 4. La riparazione nel diritto internazionale umanitario. – 5. Altre modalità di riparazione. – 6. Le richieste di riparazione contro i *Non-State Actors*. – 7. Ostacoli alla riparazione. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il diritto internazionale contemporaneo è permeato dalla memoria e dall'eredità delle ingiustizie passate. I membri o i discendenti di gruppi oppressi, le minoranze svantaggiate, le collettività di individui, le popolazioni straniere ed indigene, continuano a presentare ricorsi per la riparazione di fronte ai tribunali nazionali e internazionali. Le ingiustizie che motivano tali ricorsi sono le più varie: vanno dal genocidio, come nel caso paradigmatico delle vittime della persecuzione nazista¹, alla schiavitù, come è il caso di milioni di Africani trasferiti con la forza dal proprio paese natale alle Americhe², alla deportazione, ai lavori forzati ed all'internamento che ha avuto luogo nel corso della seconda guerra mondiale³, alla schiavitù sessuale delle donne asiatiche arruolate con l'uso della forza nell'esercito giapponese negli anni '40⁴. Il comune denominatore di tali ricorsi è costituito da un certo tipo di illecito che secondo gli *standard* odierni rappresenterebbe una grave violazione dei diritti umani sul piano internazionale. I ricorsi presentati in particolare dalle popolazioni indigene presentano una caratteristica comune, essendo basati tutti sull'aver subito delle gravi violazioni dei diritti umani, che storicamente hanno incluso l'eliminazione fisica dei loro membri, la privazione dei mezzi di sopravvivenza, la discriminazione

* Professore di diritto internazionale, Istituto universitario europeo.

¹ Sul problema in generale si veda R. DOLZER, *The Settlement of War Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Rights of Action? Lessons After 1945*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2002, p. 296 ss.

² W. BRANCH, *Reparation for Slavery: A Dream Deferred*, in *San Diego International Law Journal*, 2002, p. 177ss.

³ Si ricordano i Giapponesi internati in Canada e negli Stati Uniti; gli Italiani deportati dai Nazisti e costretti a lavori forzati in Germania. Su questi ultimi, si veda L. RICCIOTTI, *Gli Schiavi di Hitler: i deportati italiani in Germania nella seconda guerra mondiale*, Milano, 1996.

⁴ Cfr. M.C. MAFFEI, *Tratta, prostituzione forzata e diritto internazionale: il caso delle donne di conforto*, Milano, 2002.

sistematica, la deportazione collettiva e la privazione della loro terra e della loro eredità culturale. Tuttavia, rispetto ad altri ricorsi in tema di riparazione collettiva, la popolazione indigena presenta talune caratteristiche peculiari.

In primo luogo, non si tratta di meri ricorsi “privati” contro uno o più Stati, ovvero contro altre entità: si tratta piuttosto di reclami che acquistano una maggiore connotazione politica e a livello di diritto internazionale, soprattutto in considerazione del riconoscimento esplicito del diritto di autodeterminazione dei popoli contenuto nell’articolo 1 di entrambi i Patti delle Nazioni Unite del 1966. In secondo luogo, i ricorsi in materia di riparazione presentati dalle popolazioni indigene fanno parte del complesso e potente movimento che negli ultimi 25 anni si è sviluppato, a livello ONU ed a livello regionale, ed orientato verso il riconoscimento della speciale condizione delle popolazioni indigene nel diritto internazionale. Tale movimento è culminato con l’approvazione, nel 2006, da parte dello *Human Rights Council*⁵, della Dichiarazione delle Nazioni Unite sulle popolazioni indigene e oggi della Dichiarazione dell’Assemblea generale del 2007. In terzo luogo, le richieste di riparazione avanzate dalle popolazioni indigene sono spesso collegate al loro rapporto con la terra e dunque puntano alla restituzione ed al pacifico godimento del loro ambiente naturale piuttosto che al risarcimento dei danni ovvero ad altre forme di riparazione. In quarto luogo, le norme giuridiche sulle quali si basano i ricorsi presentati dalle popolazioni indigene risalgono a tempi antichi. Ci si riferisce in particolar modo ai trattati conclusi da Canada e Stati Uniti con le tribù indiane nel XIX secolo⁶.

Ci si chiede pertanto come il diritto internazionale possa rispondere alle esigenze poste da tali ricorsi. Ci si chiede in particolare se le richieste di riparazione possano essere soddisfatte in base agli sviluppi in materia di accesso alla giustizia e di responsabilità internazionale. In senso diverso, ci si chiede poi se, al fine di porre rimedio a tali ingiustizie, sia necessaria l’introduzione di nuove norme nonché di nuove procedure basate su iniziative politiche e diplomatiche non fondate sul diritto positivo ovvero di riforme legislative che consentano di porre rimedio a tali storiche ingiustizie. Infine, occorre chiedersi quale sia la rilevanza degli attuali principi internazionali sui diritti umani – in particolar modo i principi che proibiscono la discriminazione e la sistematica violazione dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario - in relazione a tali ricorsi. In questo lavoro si proverà a rispondere a tali quesiti, avendo particolare riguardo alle norme sulla responsabilità internazionale e la riparazione per violazione di diritti umani fondamentali.

Non verrà trattata la questione del contenuto delle norme primarie che conferiscono diritti sostanziali alle popolazioni indigene nel diritto internazionale contemporaneo.

⁵ Human Rights Council Res. No. 2006/2, UN Doc. A/HRC/1L.10, 30 giugno 2006, p. 58 ss.

⁶ Si veda J. ST GERMAIN, *Indian Treaty-Making Policy in the United States and Canada, 1867-1877*, Lincoln, 2001.

2. I ricorsi presentati da soggetti non statali in base alle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati.

Al fine di comprendere a pieno la complessità delle pretese risarcitorie avanzate dalle popolazioni indigene, è necessario cominciare con il riconoscere che i lavori condotti per più di dieci anni dalla Commissione di diritto internazionale in tema di responsabilità degli Stati si sono conclusi con il fallimento del tentativo di codificazione delle norme sulla responsabilità statale per le violazioni dei diritti di particolari categorie di soggetti, ossia gli stranieri⁷. Le enormi difficoltà incontrate nella definizione delle norme relative alla responsabilità statale, accanto alle norme primarie sul trattamento degli stranieri, hanno condotto la Commissione alla decisione di codificare unicamente le norme secondarie sulla responsabilità degli Stati, senza alcun riferimento esplicito ai diritti degli individui o dei popoli la cui violazione dà luogo a responsabilità internazionale. In modo così neutrale, o per così dire «neutralizzato», la Commissione ha concluso il progetto nel 2001 ed ha adottato i ben noti Articoli sulla responsabilità degli Stati, di cui ha successivamente preso atto l'Assemblea Generale⁸.

Il Progetto rappresenta un importante, se non il più importante traguardo raggiunto nel corso delle attività svolte dalla Commissione nella codificazione e nello sviluppo progressivo del diritto internazionale. Gran parte dei suoi meriti va sicuramente riconosciuta alla guida dei suoi primi relatori, Roberto Ago, prima ed Arangio-Ruiz in seguito, nonché alle abilità dell'ultimo relatore Crawford. Ad ogni modo, il progetto presenta numerosi limiti sotto il profilo della riparazione delle ingiustizie sofferte dalle popolazioni indigene. Il primo limite deve essere identificato nella circostanza che esso tratta la questione della responsabilità internazionale unicamente a livello statale. Pertanto, si pone la questione se uno Stato possa essere responsabile in base al diritto internazionale nei confronti di gruppi o di individui rimane alquanto incerta. Il secondo limite concerne la separazione formale tra la questione della responsabilità internazionale dall'ambito di applicazione delle norme primarie di diritto internazionale. Come si vedrà in seguito, la separazione rende estremamente problematica la disciplina della responsabilità internazionale per illeciti costituiti dalla violazione di norme e di principi che salvaguardano interessi generali della comunità internazionale nel suo complesso, come nel caso dei diritti umani, dal diritto di autodeterminazione al divieto dell'uso della forza.

Infine, il progetto non affronta il problema della responsabilità per danni risultanti da atti che, nel momento in cui sono stati commessi, non costituivano violazioni del diritto internazionale⁹. Dunque, da un punto di vista tecnico, la loro utilità nell'indirizzare la que-

⁷ Cfr. GARCIA AMADOR, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, New York, 1974.

⁸ UN doc. A/RES/56/83, 28 gennaio 2002.

⁹ Si veda il progetto della Commissione sulla *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*.

stione della riparazione per illeciti commessi ai danni di popolazioni indigene è limitata alle ipotesi in cui tali illeciti costituivano una violazione delle norme internazionali vigenti all'epoca della loro commissione, ovvero nel caso in cui gli effetti di tali violazioni perdurino nei tempi attuali, rientrando così nell'ambito di applicazione degli *standard* dei diritti umani o del diritto internazionale umanitario.

Pur in presenza di tali limiti, del tutto innegabili, il lavoro della Commissione di diritto internazionale - con riferimento alla responsabilità degli Stati - non è del tutto refrattario a considerazioni relative al ruolo che le popolazioni indigene possono assumere ai fini dell'invocazione della responsabilità statale per la riparazione di torti subiti nel passato. Una prima indicazione di tale ruolo può essere rinvenuto nell'art. 33, par. 1, del progetto che, nel definire l'ambito degli obblighi dello Stato la cui responsabilità è invocata, chiarisce che i destinatari di tali obblighi possono essere uno o più Stati o anche la "comunità internazionale nel suo complesso". Dal commentario al progetto si evince che la scelta di tale espressione, contrapposta alla tradizionale espressione "comunità internazionale degli Stati", utilizzata ad esempio nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, deve essere intesa come comprensiva di soggetti non statali¹⁰, e dunque di individui, gruppi e popoli. Al fine di conferire rilevanza pratica al più ampio concetto di "comunità internazionale", l'art. 48, par. 1, lett. b), riconosce il diritto di invocare la responsabilità internazionale a qualsiasi Stato diverso dallo «Stato leso» quando la violazione lamentata implichi un obbligo dovuto alla «comunità internazionale nel suo complesso». Il paragrafo 2 del medesimo articolo prosegue specificando che lo Stato che invoca la responsabilità internazionale sulla base del par. 1 può richiedere «l'adempimento dell'obbligo di riparazione... nell'interesse dello Stato leso o dei beneficiari dell'obbligo violato». L'uso del termine «beneficiari» certamente depone nel senso del prudente atteggiamento della Commissione nell'indirizzare il ruolo degli attori non statali nel diritto della responsabilità degli Stati¹¹. Le vittime di un illecito internazionale avente ad oggetto la violazione dei diritti umani, nonché dei diritti delle popolazioni indigene, non sono ritenute titolari di un diritto indipendente alla riparazione, ma possono essere unicamente i beneficiari dell'azione condotta da uno Stato anche mediante un ricorso internazionale. Pur con la presenza di tali limiti, il progetto della Commissione costituisce un significativo passo in avanti se messo a confronto con l'approccio estremamente conservatore assunto dalla Corte internazionale di giustizia nel 1966 nel caso *South West Africa*, ove il ricorso presentato dall'Etiopia e dalla Liberia per conto dei popoli dell'Africa sud-occidentale fu respinto per

¹⁰ Si veda J. CRAWFORD, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 888.

¹¹ Contro tale mancanza di coraggio, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individuals in the ILC's Articles on State Responsibility*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. XIV, p. 39 ss.

mancanza di un interesse protetto a livello normativo¹². In linea di principio, il progetto consente, nel quadro di un ricorso interstatale, di ottenere la riparazione per conto di popolazioni indigene («i beneficiari») per la violazione di norme internazionali rilevanti per la protezione dello *status* e degli interessi delle popolazioni indigene sopra menzionate.

Il limitato approccio,, prevalentemente di natura interstatale, adottato dalla Commissione negli articoli oggetto d'analisi, non ha impedito l'espressa considerazione di ipotesi nelle quali la responsabilità dello Stato in base al diritto internazionale si manifesta direttamente nei confronti di entità non statali, vale a dire gli individui, i gruppi e le popolazioni indigene. L'art. 33, par. 2, incluso nella sezione avente ad oggetto il contenuto della responsabilità internazionale, dispone che tale sezione «non pregiudica qualunque diritto che scaturisce dalla responsabilità internazionale di uno Stato, che può essere riconosciuto a qualunque persona o entità diversa da uno Stato» Tale previsione è stata oggetto di notevoli critiche da parte degli autori che avrebbero desiderato un riconoscimento più esplicito della responsabilità internazionale degli Stati nei confronti di individui per le violazioni del diritto internazionale¹³. Tali critiche possono essere condivise soprattutto se si prende in considerazione l'indirizzo assunto dalla Corte internazionale di giustizia quasi 60 anni fa con il parere sulla *Riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, ove si riconobbe per la prima volta che un ricorso per la riparazione a livello internazionale può essere presentato anche da soggetti non statali e, nel caso specifico, da un'organizzazione internazionale contro uno Stato che ha causato una violazione dei diritti di un funzionario dell'organizzazione. Pur tuttavia, ai fini della nostra discussione, l'art. 33, par. 2 rimane una disposizione di fondamentale importanza perché apre la possibilità che uno Stato sia ritenuto responsabile nei confronti di soggetti non statali, nonché nei confronti delle popolazioni indigene, a patto che la struttura delle norme materiali lo consenta e sempre che le norme applicabili riconoscano inoltre il diritto di individui ed entità diverse dagli Stati di presentare un ricorso contro uno o più Stati per la violazione del diritto internazionale.

Questa osservazione sposta l'oggetto della nostra analisi dagli articoli sulla responsabilità degli Stati agli specifici settori del diritto internazionale nei quali il diritto individuale o collettivo alla riparazione riconosciuto ad entità diverse dagli Stati è emerso come conseguenza di un illecito.

3. Riparazione per le violazioni di diritti umani.

I ricorsi presentati dalle popolazioni indigene si basano su una forma di privazione o abuso che costituisce una violazione dei diritti fondamentali dei popoli e degli individui. Dunque, le norme internazionali concernenti i diritti umani rappresentano sicur-

¹² *I.C.J. Reports*, 1966, p. 6.

¹³ Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *The Marginal Role of the Individual*, cit., p. 39 ss..

mente il settore del diritto internazionale sul quale occorre basarsi al fine di verificare il fondamento giuridico e l'oggetto del diritto alla riparazione per la violazione di norme primarie. Per essere maggiormente specifici, è in questo ambito del diritto internazionale che occorre rinvenire la base normativa della responsabilità diretta degli Stati nei confronti di entità non statali, come le popolazioni indigene, per porre rimedio ai relativi illeciti.

Le norme internazionali sui diritti umani producono obblighi direttamente a carico degli Stati nei confronti di individui nell'ambito della propria "giurisdizione". La vecchia idea che le norme internazionali sui diritti umani creino obbligazioni solo ed unicamente tra gli Stati non è più compatibile con la realtà contemporanea. Gli obblighi concernenti i diritti umani trovano di solito attuazione nel diritto interno mediante il conferimento del diritto di accesso al sistema giudiziario a favore di individui o gruppi che abbiano subito tali violazioni; i tribunali applicheranno gli *standard* internazionali come parte del loro diritto interno¹⁴. Gli individui e i gruppi possono anche avere diritto ad accedere direttamente agli strumenti previsti da specifiche norme internazionali sui diritti umani, compreso altresì il diritto di presentare un ricorso contro lo Stato autore dell'illecito. Dunque, è insita nella natura e nella struttura delle norme internazionali sui diritti umani la possibilità che gli individui e i popoli possano invocare tali violazioni direttamente nei confronti dello Stato al fine di ottenere rimedio.

Ma la riparazione è un elemento necessario di tali rimedi? Un breve sguardo ai trattati in materia mostra che normalmente una previsione sulla riparazione è inclusa nel sistema di protezione internazionale e che la giurisprudenza tende ad affermare ed estendere l'obbligo di provvedere alla riparazione per le vittime di violazioni di diritti umani.

Una delle più chiare espressioni di tale obbligo sul piano convenzionale è rappresentata dall'Articolo 41 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Tale articolo conferisce alla Corte europea - l'organo giudiziario dinanzi al quale gli individui possono presentare ricorsi per le violazioni di diritti umani - il potere di determinare l'entità di una "equa soddisfazione" alla parte lesa se il diritto interno dello Stato «non consente che una parziale riparazione delle conseguenze di tale violazione». Tale previsione è diventata la pietra angolare del sistema di rimedi previsto dalla CEDU e ciò ha condotto in taluni casi all'adozione di specifiche norme interne che consentono alle autorità giudiziarie nazionali di disciplinare il problema della riparazione conformemente agli *standard* fissa-

¹⁴ Sicuramente ciò non sarà possibile negli Stati che espressamente escludono il carattere "direttamente applicabile" delle norme sui diritti umani contenute nei trattati da essi ratificati. Cfr., ad esempio, le dichiarazioni degli Stati Uniti, le riserve e le dichiarazioni relative alla ratifica del Patto ONU sui diritti civili e politici. Per un'analisi completa dell'applicazione delle norme internazionali sui diritti umani, cfr. CONFORTI, FRANCONI, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Boston, London, 1997; F. FRANCONI, *The Right of Access to Justice under Customary International Law*, in F. Francioni (ed.) *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 33 ss.

ti dalla Corte europea¹⁵. Accanto alle generiche previsioni dell'articolo 41, la CEDU prevede il diritto individuale alla riparazione nel caso in cui siano commesse alcune specifiche violazioni: l'articolo 5 sulla protezione del diritto alla libertà ed alla sicurezza delle persone prevede, al paragrafo 5, che «ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione»; l'articolo 3 del settimo Protocollo addizionale alla CEDU prevede il diritto al risarcimento dei danni per le vittime di errori giudiziari.¹⁶

Previsioni simili sulla riparazione sono contenute nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo: l'art. 63, par. 1, stabilisce che le conseguenze della misura o della situazione che hanno costituito la violazione devono trovare rimedio e che un equo risarcimento debba essere conferito alla parte lesa. L'articolo 10 applica lo stesso principio alla situazione in cui una persona abbia subito una condanna definitiva a causa di un errore giudiziario. Dalla metà degli anni ottanta, ad iniziare con i casi *Velasquez-Rodriguez* e *Godinez-Cruz*, la Corte interamericana ha sviluppato, sulla base del generico linguaggio dell'art. 63 sopra menzionato, una consolidata giurisprudenza sul risarcimento riconosciuto alle vittime di violazioni di diritti umani.

Norme generiche sulla riparazione per la violazione di diritti umani possono altresì essere rinvenute nella Convenzione contro la tortura¹⁷ e nella Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale¹⁸. Nessuna previsione espressa, al contrario, può essere rinvenuta nei Patti. Nondimeno, nel Patto sui diritti civili e politici è prevista una norma sul «rimedio effettivo», che comprende non solo l'accesso alle corti nazionali ma anche l'attuazione dei rimedi concessi dalle autorità competenti e che nella pratica della Comitato dei diritti umani è stata interpretata al fine di includere anche il diritto alla riparazione per le vittime di violazioni del Patto¹⁹.

Accanto ai casi sopra esaminati di accesso diretto delle parti private ai meccanismi di riparazione previsti a livello internazionale, il diritto internazionale contemporaneo sta altresì procedendo al graduale adattamento dei vecchi strumenti di natura interstatale alla necessità di assicurare la riparazione per le gravi violazioni dei diritti umani. Si tratta della

¹⁵ Cfr. per l'Italia la cd. legge "Pinto" che consente il risarcimento diretto per le vittime delle violazioni dell'art. 6 della CEDU, con particolare riferimento al mancato rispetto della durata ragionevole dei processi: legge 24 marzo 2001, n. 89, in *GU*, n. 78 del 3 aprile 2001.

¹⁶ Cfr. M. REISMAN, *Compensation for Human Rights Violations: the Practice of the Past Decade in the Americas*, in A. Randelzhofer, C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual- Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, The Hague, London, Boston, 1999, p. 63 ss.

¹⁷ Articolo 14.

¹⁸ Art. 6.

¹⁹ Per un'analisi attenta della prassi sulla riparazione del Comitato dei diritti umani in base ai Patti sui Diritti Civili e Politici, cfr. E. KLEIN, *Individual Reparation Claims under the International Covenant on Civil and Political Rights: the Practice of the Human Rights Committee*, in A. Randelzhofer, C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility*, cit., p. 27 ss.

protezione diplomatica, che è stata gradualmente «modernizzata» nel senso di riconoscere, da un lato, che la tradizionale posizione assunta nel caso *Mavrommatis*²⁰ - in base alla quale uno Stato che protegge i suoi cittadini all'estero sta di fatto affermando il suo diritto e non quello dell'individuo - è più una finzione che realtà²¹, e dall'altro lato, che come «pratica raccomandata» gli Stati dovrebbero assicurare che la riparazione ottenuta a livello internazionale sia diretta alle persone vittime effettive di un illecito internazionale²². Recentemente, questo processo di modernizzazione della protezione diplomatica ha condotto, in taluni casi, anche alla protezione di cittadini stranieri in deroga al principio di nazionalità dei reclami e sulla base di considerazioni umanitarie. Esempi di tale pratica sono rappresentati dal risarcimento ottenuto nel caso *Letelier* a seguito del ricorso presentato dagli Stati Uniti contro il Cile per l'omicidio di un cittadino cileno - Orlando Letelier e di Bonnie Moffit, un cittadino statunitense²³, nonché dalla prassi della *UN Compensation Commission*²⁴ che si è occupata del risarcimento dei danni a favore delle vittime della guerra irachena che non potevano o contare sulla protezione da parte del proprio Stato nazionale²⁵.

4. La riparazione nel diritto internazionale umanitario.

Ai fini del presente lavoro, le norme del diritto internazionale umanitario assumono un'importanza fondamentale prevalentemente per due motivi. In primo luogo, rilevano in relazione ai possibili ricorsi di popolazioni indigene presentati a seguito dell'uso della forza ovvero a seguito di gravi violazioni di diritti umani connesse a veri e propri conflitti armati, vale a dire l'omicidio di civili, la privazione dei mezzi di sopravvivenza, la deportazione di massa, la violenta distruzione di proprietà e la distruzione o illecita appropriazione di oggetti culturali di grande importanza per le popolazioni indigene. La storia registra innumerevoli esempi di tali abusi commessi ai danni di popolazioni indigene. Il secondo limite è rappresentato dalla circostanza per cui il diritto umanitario è molto vicino alle norme internazionali sui diritti umani, ed invero viene da taluni considerato una specie del più ampio *genus* delle norme internazionali sui diritti umani. Ciò significa che le lacune

²⁰ In *P.C.I.J. Series A*, n. 2, del 30 agosto 1924.

²¹ Si veda il Commentario al progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale trasmesso all'Assemblea Generale nel 2006.

²² *Ibidem*.

²³ Per il testo della pronuncia, cfr. *International Legal Materials*, 1992, p. 1 ss.,

²⁴ Creata dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 692 del 20 maggio 1991.

²⁵ In tali casi i ricorsi relativi sono stati presentati per conto di profughi, emigrati ed apolidi, nonché da palestinesi, dal Segretario esecutivo della Commissione in cooperazione con la Commissione sui profughi, la Croce Rossa Internazionale, e le agenzie ONU competenti. Per una valutazione giuridica di tale prassi, cfr. F. FRANCONI, *The Individual Rights of Access to Justice in International Law*, cit.

presenti nel diritto umanitario possono essere colmate con le norme internazionali sui diritti umani, che sono idonee a colmare il *gap* esistente in qualità di *lex generalis*.

Ciò trova conferma nell'inserimento di un catalogo di diritti dell'uomo negli accordi di diritto internazionale umanitario in vigore²⁶ ed è facilitato dalla presenza della cd. clausola *Martens*. Tale impostazione ha trovato conferma in alcuni recenti casi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia²⁷.

Ma il diritto internazionale umanitario riconosce un diritto alla riparazione per le vittime di atti illeciti di guerra?

La risposta può trovarsi in vari accordi internazionali che sanciscono l'obbligo di riparazione in capo alle Parti Contraenti. Al riguardo la più importante disposizione è rappresentata dall'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre, in cui è stabilito che "A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces"²⁸. Questa disposizione è riprodotta in termini essenzialmente identici all'art. 91 del I Protocollo del 1977. Oltre a questi due principi generali, la responsabilità per "gravi violazioni" del diritto di guerra è prevista anche nelle Convenzioni di Ginevra del 1949²⁹.

Il problema posto da queste disposizioni rispetto alla loro invocabilità in supporto alle richieste di riparazione presentate dalle popolazioni indigene deriva dal mancato accordo in giurisprudenza ed in dottrina sulla loro applicabilità rispetto alle violazioni perpetrate ai danni dei singoli individui. L'opinione prevalente sostiene che tali disposizioni creino obblighi tra Stati ma non verso gruppi e singoli³⁰. Inoltre, a differenza del sistema di tutela dei diritti dell'uomo, si sostiene che nell'ambito del diritto umanitario non esista-

²⁶ Cfr. il primo Protocollo del 1977, articolo 75, in *United Nations Treaty Series*, 1979, p. 3 ss.

²⁷ Cfr. il parere sulla *Liceità delle armi nucleari* del 1996 e il parere sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati*, in *International Legal Materials*, 2004, p. 1009 ss., dove la Corte ha stabilito che "... the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights": par. 106.

²⁸ Testo riprodotto in J.B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, Oxford, 1918, p. 100 ss.

²⁹ Cfr. l'art. 51 della I Convenzione di Ginevra, l'art. 52 della II Convenzione, l'art. 131 della III Convenzione e l'art. 148 della IV Convenzione. Tali articoli stabiliscono che: "No High Contracting Party shall be allowed to absolve itself or any other Contracting Party of any liability incurred by itself or by another Contracting Party in respect of breaches referred to in the preceding Article".

³⁰ V. N. RONZITTI, *Access to Justice and Compensation for Violations of the Laws of War*, in F. Francioni (ed.), *Access to Justice*, cit., che critica la possibilità di configurare diritti individuali nell'ambito del diritto internazionale umanitario. In questo senso, si vedano, F. KALSHOVEN, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1991, p. 835; R. PISILLO MAZZESCHI, *Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian law and Human Rights: an Overview*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 339 ss., in particolare p. 341.

no tribunali internazionali dinanzi ai quali le vittime di violazioni del diritto di guerra possono rivolgersi per ottenere riparazione.

Pur riconoscendo i limiti esistenti nel diritto internazionale umanitario rispetto ad un diritto individuale alla riparazione, non si può tuttavia non tenere in considerazione la tendenza registrata sia nella prassi interna che internazionale a riconoscere l'esistenza di un obbligo di riparazione nel caso delle violazioni più gravi del diritto umanitario. Questo obbligo ha trovato esplicito riconoscimento dinanzi a giudici nazionali³¹ e in una recente sentenza è stato considerato alla stregua di una norma cogente del diritto internazionale capace di superare il tradizionale principio dell'immunità degli Stati³²; è stato inoltre riconosciuto come appartenente al diritto internazionale consuetudinario dalla Commissione di inchiesta sul Darfur³³; inoltre, è stato inserito nello statuto della Corte penale internazionale (CPI). L'art. 75 dello Statuto della CPI prevede infatti che la Corte possa corrispondere un indennizzo ad una vittima di un crimine internazionale agendo *motu proprio* o su richiesta della parte interessata³⁴. La riparazione può realizzarsi attraverso: 1) la restituzione; 2) la compensazione qualora la restituzione non sia possibile; 3) la riabilitazione per mezzo di cure mediche e di sostegno psicologico. L'art. 79 dello statuto prevede inoltre la creazione di un fondo di garanzia per le vittime sostenuto con le sanzioni irrogate dalla Corte e gestito dall'Assemblea delle parti contraenti. La riparazione può così essere realizzata direttamente dal fondo nei casi di azioni collettive, o in conformità all'art. 109 dello statuto in base alla normativa degli Stati parte.

Queste disposizioni sono in netto contrasto con lo statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, adottato solo cinque anni prima³⁵, che non contiene alcuna disposizione in materia di compensazione in favore di individui vittime di gravi violazioni del diritto umanitario. L'unica disposizione di un qualche rilievo al riguardo è l'art. 24, par. 5, in base al quale la *Trial Chamber* può comminare quale pena accessoria la restituzione della proprietà da parte del soggetto giudicato colpevole. La fattispecie è poi regolata all'art. 105 del Regolamento di procedura del Tribunale. Tuttavia, a differenza della CPI, le disposizioni contenute nel regolamento di procedura del Tribunale non riconoscono un

³¹ Cfr. per esempio il caso *Priebke*, deciso con sentenza n. 1295 del 1° dicembre 1998 dalla Cassazione (I Sezione), riguardante l'eccidio delle Fosse Ardeatine contro civili italiani compiuto in rappresaglia ad un attacco partigiano contro i soldati tedeschi a Roma nel 1944. La sentenza, oltre a condannare gli ufficiali responsabili dell'eccidio a diverse pene detentive, ha determinato un indennizzo in favore delle famiglie delle vittime.

³² Cfr. la sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004 adottata dalla Cassazione (Sezioni Riunite) nel caso *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*. Il testo della decisione è riprodotto in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 539 ss.

³³ Cfr. il Rapporto inviato dalla Commissione di inchiesta sul Darfur al Segretario generale delle Nazioni Unite, UN Doc, S/2005/60, del 25 gennaio 2005, par. 151 ss.

³⁴ Cfr. inoltre gli articoli 94 e 95 del Regolamento di Procedura e prova della CPI.

³⁵ Cfr. la risoluzione 827 adottata dal Consiglio di sicurezza il 25 maggio 1993 e riprodotta in *International Legal Materials*, vol. 32, p. 1192 ss.

accesso diretto delle vittime al Tribunale. Infatti, l'art. 106 del Regolamento prevede solamente che la sentenza resa dal Tribunale sia trasmessa alle autorità nazionali dinanzi alle quali la vittima può avviare un'azione per ottenere una riparazione in conformità alle norme di diritto interno applicabili³⁶. Il passaggio da una situazione di sostanziale indifferenza per gli interessi delle vittime nell'ambito del Tribunale al riconoscimento dei loro diritti procedurali e sostanziali alla riparazione nello statuto della CPI dimostra il progresso compiuto nel corso di un periodo particolarmente breve verso il riconoscimento di un diritto alla riparazione individuale e collettivo per le vittime di gravi violazioni del diritto umanitario. Questa evoluzione è parte di una tendenza generale che non può non influenzare il diritto alla riparazione delle popolazioni indigene, quando le rivendicazioni trovino origine in gravi violazioni del diritto internazionale umanitario.

5. Altre modalità di riparazione.

Fin dal termine della prima guerra mondiale furono costituiti per mezzo di accordi internazionali dei tribunali per la riparazione dei danni che permettevano a singoli e a gruppi di persone di portare i loro reclami davanti a meccanismi internazionali competenti per la determinazione dei danni. L'art. 304 del trattato di Versailles ha costituito e regolato questo tipo di tribunali, dando loro il potere di giudicare diverse controversie derivanti dalla esecuzione da parte della Germania di "exceptional war measures", come la requisizione e altre misure eccezionali lesive del diritto di proprietà, fatte salve le controversie sorte prima della entrata in vigore del trattato³⁷. Questo primo modello è di interesse per quanto concerne il problema relativo ad un diritto di riparazione per le popolazioni indigene, poiché ha aperto alla strada al riconoscimento del diritto all'accesso diretto degli individui e delle persone giuridiche ai meccanismi di riparazione internazionali. In contrasto con questo modello, nel Trattato di pace tra Germania e Stati Uniti (questi ultimi non avevano ratificato il Trattato di Versailles) venne adottata una procedura di riparazione che non consentiva l'accesso diretto degli individui ai meccanismi internazionali, ma istituiva piuttosto un rapporto tra Stati, caratteristica questa che rendeva il sistema più rapido rispetto a quello prefigurato nel Trattato di Versailles³⁸.

Dopo la Seconda guerra mondiale si è registrato un ritorno al classico modello interstatale. La Commissione di conciliazione stabilita in conformità all'art. 83 del

³⁶ Una disposizione analoga è contenuta nello statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda: articolo 23, par. 3.

³⁷ Per un'analisi esaustiva dell'attività di questi tribunali, v. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 204 ss. e 627 ss.

³⁸ Per un'analisi del lavoro delle Commissioni miste Stati Uniti-Germania, v. E BORCHARD, *The Opinions of the Mixed Claims Commissions, United States and Germany*, parti I e II, in *American Journal of International Law*, 1925, p. 133 ss. e Id., *ibidem*, 1926, p. 69 ss.

Trattato di Pace di Parigi riguardante l'Italia prevedeva un sistema dove lo Stato aveva la facoltà di decidere se portare o meno una controversia dinanzi alla Commissione, mantenendo il potere di negoziare o rinunciare senza tenere in considerazione il consenso degli individui o dei portatori di interessi³⁹. Per quanto riguarda la Germania, l'approccio adottato con gli accordi di Potsdam era ispirato al principio in base al quale la Germania aveva l'obbligo "to compensate to the greatest possible extent for the loss and suffering that she had caused to the United Nations and for which the German people cannot escape responsibility"⁴⁰. Tale principio assume straordinario rilievo nella discussione relativa alla riparazione dei torti storici. Esso non si limita ad affermare un obbligo di riparazione come conseguenza dell'applicazione di una norma di diritto internazionale in materia di responsabilità degli Stati, ma va al cuore della responsabilità storica e morale del popolo tedesco per la guerra di aggressione e per le atrocità ad essa connesse⁴¹. Negli accordi di Potsdam il problema della riparazione fu affrontato in termini globali e nella prospettiva tra Stati. Il Capitolo IV si occupa delle rivendicazioni dell'Unione Sovietica, che furono soddisfatte attraverso l'appropriazione dei beni tedeschi presenti nella zona di occupazione sovietica, e di quelle degli Stati Uniti e Regno Unito, per le quali si ricorse alle risorse presenti nella zona occidentale e agli "appropriate German external assets". Tuttavia, la soluzione classica della questione delle riparazioni non ha impedito l'introduzione in un momento successivo di ricorsi azionabili dagli individui, in conformità ad accordi conclusi tra la Germania e le Potenze alleate⁴².

Probabilmente la procedura più innovativa introdotta dopo la seconda guerra mondiale in materia di riparazioni è rappresentata dalla risoluzione n. 687 del Consiglio di sicurezza concernente le conseguenze dell'aggressione irachena al Kuwait nell'agosto del 1990. In base a detta risoluzione e alla successiva risoluzione n. 692 del 20 maggio 1991, il CdS ha istituito una Commissione per le riparazioni e un Fondo per le riparazioni. La novità di questo sistema consiste nel fatto che l'ammontare complessivo delle riparazioni dovute dall'Iraq è stato calcolato su base individuale sommando le richieste avanzate da individui, società e Stati lesi dall'aggressione. Contrariamente a qualche posizione

³⁹ Allo stesso tempo, gli individui o le persone giuridiche mantenevano il diritto a ricorrere ai rimedi nazionali in ragione della natura *self-executing* del Trattato, che non pregiudicava la possibilità per i soggetti interessati di adire le corti nazionali. Cfr. la sentenza n. 107 del 14 gennaio 1976 della Cassazione, *Ministero del Tesoro c. Soc. Mander Bros.*, riprodotta in *Italian Yearbook of International Law*, 1977, p. 349 ss., con nota di F. FRANCONI. *Contra* A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra*, cit., p. 354.

⁴⁰ Cfr. Il Capitolo IV della Dichiarazione di Potsdam. Si veda FRUS, *Conference of Berlin (Potsdam) 1945*, Washington, 1960, p. 1499 ss.

⁴¹ In questo senso A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra*, cit., p. 242.

⁴² Cfr. in particolare la Convenzione per la risoluzione delle questioni derivanti dalla guerra e dall'occupazione, Parigi, 23 ottobre 1954, riprodotta in *United Nations Treaty Series*, vol. 332, p. 219 ss.

scettica⁴³, il lavoro della Commissione ha contribuito al progressivo sviluppo del diritto alle riparazioni individuali. In effetti, le controversie dinanzi alla Commissione non sono trattate come controversie tra Stati, nel quadro della protezione diplomatica, ma rimangono controversie che riguardano persone fisiche, giuridiche o altri soggetti. Solo per ragioni di speditezza e di costi, esse vengono raccolte e presentate da uno Stato o dalle organizzazioni internazionali competenti, che agiscono come fiduciari o agenti dei richiedenti. Un'altra innovazione consiste nell'adozione a livello internazionale dell'esperienza maturata a livello nazionale nell'ambito delle cd. *mass tort litigations*. L'enorme carico delle possibili azioni contro l'Iraq è stato suddiviso in sei grandi categorie. Le categorie A, B e C riguardano le richieste avanzate da persone fisiche qualificate come urgenti. La categoria A riguarda le persone costrette ad abbandonare l'Iraq o il Kuwait a seguito dell'aggressione irachena tra l'agosto del 1990 e il 2 marzo 1991; la categoria B concerne i danni fisici e morali sofferti da persone fisiche nello stesso periodo di tempo in Iraq o Kuwait; la categoria C riguarda i danni inferiori ai 100.000 dollari. Le categorie D, E ed F riguardano, rispettivamente, le richieste avanzate da persone fisiche al di fuori dei parametri individuati per le prime categorie e comunque superiori ai 100.000 dollari, le richieste avanzate dalle società, dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali. Dall'inizio dell'attività della Commissione al 2006, più di 2,5 milioni di richieste sono state considerate per un totale di circa 40 miliardi di dollari USA. In realtà, l'importante contributo dato dalla Commissione in esame alla disciplina internazionale delle riparazioni consiste nell'aver riconosciuto la esistenza di un interesse generale della intera comunità internazionale alla predisposizione di meccanismi capaci di provvedere alla riparazione dei danni sofferti dalle vittime di gravi violazioni del diritto internazionale, quale una guerra di aggressione. Da questo punto di vista, l'attività della Commissione rappresenta un precedente importante nello sviluppo di una prassi che, con opportuni adattamenti, può essere estesa alle riparazioni dovute per le ingiustizie storiche subite dalle popolazioni indigene.

6. Le richieste di riparazione contro i Non-State Actors.

Finora, si è esaminato il problema relativo alle modalità attraverso le quali le potenziali richieste di riparazione da parte delle popolazioni indigene possano essere fatte rientrare nell'ambito della responsabilità dello Stato. Comunque, è ormai universalmente accettato che in aggiunta alla responsabilità dello Stato, alcune gravi violazioni della pace,

⁴³ V. C. TOMUSCHAT, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2002, p. 157ss.; BEDERMAN, *The United Nations Commission and the Tradition of International Claims Settlement*, in *NYU J Int. L. Pol.*, 1994, p. 1 ss.; M. SCHNEIDER, *How Fair and Efficient is the United Nations Compensation System?*, in *Journal of International Arbitration*, 1998, p. 15 ss.

del diritto umanitario e dei diritti umani possano implicare una responsabilità individuale dei soggetti non statali che le hanno commesse.

Questo è il fondamento giuridico utilizzato per i Tribunali penali internazionali delle Nazioni Unite nella ex Jugoslavia e in Ruanda e per la creazione delle Corti penale internazionale. La responsabilità individuale in base al diritto internazionale è stata finora considerata in termini di diritto penale. Ma ci si può porre la domanda se persone fisiche o giuridiche non possano essere responsabili in termini “civili” per garantire il risarcimento del danno alle vittime dei loro crimini. La questione non è resa vana dal fatto che le richieste di riparazione dei popoli indigeni sono relative a crimini commessi in un lontano passato e da individui che nella gran parte dei casi sono già deceduti. In primo luogo, anche in relazione a eventi lontani nel tempo, la responsabilità civile degli attori non statali potrebbe essere invocata ogniqualvolta la persona giuridica esista ancora o, per le persone fisiche, in relazione a eredi che continuano a godere delle condotte illecite e rimangano in possesso dei beni delle popolazioni indigene ottenute sulla base di un atto illegittimo di spoliamento. È il caso delle terre indigene illegittimamente occupate e detenute, così come dei beni culturali di cui si sono appropriati collezionisti privati e musei⁴⁴. In secondo luogo, la responsabilità civile non riguarda solamente eventi passati, ma potrebbe venire in rilievo in merito a condotte attuali di privati o imprese in violazione dei diritti delle popolazioni indigene protetti dal diritto internazionale. In questa situazione è logico che alla violazione di una norma primaria di diritto internazionale corrisponda il diritto alla riparazione⁴⁵.

La prassi contemporanea in materia di richieste di riparazione contro individui ed enti privati responsabili di illeciti internazionali è concentrata principalmente negli Stati Uniti. In questo Paese, com'è noto, una vecchia legge federale, l'*Alien Claims Tort Act*, ha permesso l'esercizio della giurisdizione civile da parte delle corti federali su ogni azione civile di uno straniero per un illecito commesso in violazione del diritto internazionale generale o di un trattato vigente per gli Stati Uniti⁴⁶. Sulla base di questa legge, e sin dal caso

⁴⁴ Si veda per esempio lo *US Native American Grave Protection and Repatriation Act* del 1990, in 16 USC par. 470 lett. a), 2000, che permette la restituzione alle tribù indigene dei resti umani e degli oggetti culturali e cerimoniali precedentemente trafugati per ricerche o in possesso di collezioni di private o di pubbliche istituzioni. Tale legge federale riconosce il diritto dei popoli indigeni americani di determinare autonomamente la preservazione e la protezione del loro patrimonio culturale. Per un commento su tale atto e in generale sul tema della restituzione del patrimonio culturale ai popoli indigeni si veda A. VRDOLJAK, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Chapter 9, Cambridge.

⁴⁵ Questa è la logica che si nasconde dietro le pretese che le popolazioni indigene rivolgono alle compagnie petrolifere accusate di devastare la loro terra (si veda il caso *Ogoni*, deciso dalla Commissione africana dei diritti umani e dei popoli nel 2001, comunicazione n. 155/96), così come le cause civili contro le multinazionali nei tribunali degli Stati Uniti e dei paesi europei intentate dalle vittime di violazioni dei diritti umani commessi dalle multinazionali in un paese straniero in cui operano.

⁴⁶ 28 U.S.C. § 1350.

*Filartiga v. Pena-Irala*⁴⁷, l'ACTA ha garantito l'accesso alle corti statunitensi di una miriade di cause promosse da attori stranieri contro individui, società e pubblici ufficiali la cui responsabilità è stata invocata sulla base di una violazione del diritto internazionale. L'aspetto più innovativo della legislazione e della sua pratica attuazione è che essa postula una responsabilità civile di individui e di persone fisiche nei confronti di altre persone fisiche direttamente in base al diritto internazionale. Ciò sfida il tradizionale concetto di diritto internazionale come ordinamento giuridico di una comunità internazionale di Stati.

L'uso delle corti statunitensi per ottenere una riparazione per le *gross violations* dei diritti umani è stato rilevante specialmente per le richieste connesse alla seconda guerra mondiale. Negli anni '90 *class actions* sono state intraprese nelle corti federali statunitensi contro banche svizzere, tedesche, austriache, francesi, britanniche e statunitensi per la mancata restituzione dei conti bancari intestati alle vittime dell'Olocausto, e per la violazione delle norme sul divieto di lavori forzati e della schiavitù⁴⁸. Queste richieste hanno avuto successo, non tanto in termini di sentenze favorevoli ma piuttosto perché hanno condotto a soluzioni extragiudiziali mediante accordi che hanno istituito fondi per risarcire le vittime o i loro eredi⁴⁹. Alle stesso tempo essi hanno indicato una possibile direzione da seguire per altre richieste che hanno ad oggetto illeciti passati, come la *class action* promossa per conto delle vittime sudafricane contro le banche svizzere e statunitensi sulla base degli asseriti illeciti ottenuti durante la loro collaborazione con il regime di *apartheid* in Sudafrica⁵⁰.

7. Ostacoli alla riparazione.

L'analisi in oggetto dei possibili spazi che il diritto internazionale offre per garantire la riparazione alle popolazioni indigene non sarebbe completa senza un riferimento agli ostacoli che ancora esistono sulla strada dei rimedi contro questo tipo di illeciti.

A livello giuridico, l'argomento più comune contro la riparazione per gli illeciti storici è il principio di irretroattività della legge⁵¹. Anche se gli illeciti che colpiscono le popolazioni indigene costituiscono una violazione degli odierni *human rights standard*, questi *standard* non possono essere applicati retroattivamente. Un altro ostacolo a livello proce-

⁴⁷ 630 F.2d 876, secondo circuito, 1980.

⁴⁸ Si veda *In Re Holocaust Era German Industry, Bank and Insurance Litigation*, n. 1337, in 2000 US LEXIS 11650 del 4 agosto 2000. Per una analisi generale del caso, si veda D. SHELTON, *The World of Atonement Reparations for Historical Injustices*, in *Miskolc Journal of International Law*, 2004, p. 259 ss.

⁴⁹ Si veda ancora D. SHELTON, *The World of Atonement*, cit., p. 270 ss.

⁵⁰ *In re South African Apartheid Litigation*, in 238 F. Supp. 2d 1379 (JPLM 2002) and 346 F. Supp. 2d 538 (SDNY 2004).

⁵¹ Per un dibattito sull'argomento si veda A. SOIFER, *Redress, Progress and the Benchmark Problem*, in *British Columbia Law Review*, 1998, p. 525 ss.

durale è il trascorrere del tempo e il conseguente effetto prescrittivo. Più precisamente, il problema che emerge è se sia giusto obbligare nazioni, gruppi o individui alla riparazione per illeciti nei confronti delle popolazioni indigene che sono avvenuti molto tempo fa e causati da una differente generazione di persone.

A livello politico, gli ostacoli potrebbero essere ancora più insormontabili. L'accettazione di un dovere di riparazione verso i popoli indigeni potrebbe svuotare il mito dei padri fondatori della nazione, mito particolarmente importante nell'immaginario politico degli Stati Uniti⁵². Allo stesso tempo, le richieste di riparazione di uno specifico gruppo o tribù di popolazioni indigene può risultare sgradito ed essere contestato politicamente dal governo del paese al quale la tribù o il gruppo appartiene. È il caso della tribù *Herrero* che pretendeva la riparazione per il genocidio e per i crimini di guerra commessi durante la colonizzazione della Namibia nel 1904⁵³, che sono contestati dal governo della Namibia, così come sono contestate da parte del governo del Sud Africa, per motivi politici ed economici, le azioni di riparazione intentate da asserite vittime dell'*apartheid* di fronte alle corti statunitensi.

Ad ognuno di questi argomenti contro la riparazione si possono opporre numerosi argomenti a supporto del diritto alla riparazione.

Così, l'obiezione della non retroattività degli *standard* odierni non regge nel caso di abusi nei confronti di popolazioni indigene che erano illegittimi già al tempo della loro commissione sulla base di accordi internazionali o di altri strumenti per la tutela degli interessi delle popolazioni indigene. Ma anche in assenza di specifici strumenti di tutela in vigore al momento della commissione dell'illecito, il principio di irretroattività non coprirebbe le violazioni più gravi dei diritti umani e del diritto umanitario. Sarebbe difficile difendere una posizione in cui atti di genocidio, deportazione di massa e privazione dei mezzi di sopravvivenza nei confronti delle popolazioni indigene fossero esclusi da un giudizio di liceità e quindi di responsabilità sulla base della dubbia considerazione che questi atti erano "leciti" al momento della loro commissione. Le condotte penalmente rilevanti degli individui non sono protette dal principio di non retroattività della legge quando riguardano i "i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni"⁵⁴. Per analogia, lo stesso principio è applicabile nei confronti delle condotte illecite degli Stati. Inoltre, molte delle pretese indigene di riparazione riguardano la restituzione di terre e proprietà, dove l'oggetto degli atti illegittimi di privazione è avvenuto molto tempo addietro

⁵² Si veda in proposito la lucida analisi di D. WILLIAMS, *In Praise of Guilt: How the Yearning for Moral Purity Blocks Reparations for Native Americans*, in F. Lenzerini (ed.) *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Law Perspectives*, Oxford., 2008, p. 229 ss.

⁵³ Si veda S. HARRING, *German Reparations to the Herrero Nation: An Assertion of Herero Nationhood in the Path of Namibian Development?*, in *W Virginia Law Review*, 2002, p. 393.

⁵⁴ Art. 15 par. 2, del Patto ONU sui diritti civili e politici.

ma l'effetto dello stesso continua tutt'oggi. Quindi, in questi casi la questione dell'irretroattività non opera in alcuna maniera.

L'argomento basato sulla prescrizione, riflettente il principio della certezza del diritto, ha inoltre il suo limite nel contesto della presente discussione. In primo luogo, è un ostacolo solo in procedimenti giudiziari e in azioni civili dove il giudice deve applicare le norme procedurali del foro. Ma lo stesso ostacolo non si presenta nel caso di procedimenti extra-giudiziali o nell'attuazione della legislazione sulla riparazione, nel quale il principio della buona fede e la necessità di conoscere la dimensione morale degli illeciti storici dovrebbero essere fattori decisivi.

Allo stesso modo, l'obiezione che considera ingiusto richiedere alla generazione attuale (Stati, imprese o individui) di pagare per gli atti dei loro predecessori contro le popolazioni indigene si "rivolta" contro se stessa. Ciò che è realmente ingiusto, e inaccettabile, è chiudere un occhio sull'ingiusto arricchimento degli Stati, comunità, imprese e individui, diretto o indiretto, come conseguenza degli abusi della spoliazione delle popolazioni indigene. Giustizia, quindi, non vuole dire contrarietà alla riparazione ma, al contrario, richiede la restituzione, quando possibile, intesa quale riparazione per l'ingiusto profitto e in ogni caso il riconoscimento degli illeciti commessi e le scuse alle popolazioni indigene.

Molto più complesso è il caso delle obiezioni di natura politica alla riparazione. I governi potrebbero opporsi alle richieste di riparazione delle popolazioni indigene nei contesti giudiziari o diplomatici per un valido numero di ragioni. Essi potrebbero considerare l'azione finalizzata ad ottenere la riparazione come incompatibile con il principio di uguaglianza di fronte alla legge, che richiederebbe che tutte le vittime di illeciti storici, come il colonialismo, l'*apartheid* o la dominazione straniera, fossero titolari dello stesso trattamento e delle stesse opportunità di riparazione. Allo stesso tempo, i governi coinvolti in un difficile processo di riconciliazione nazionale potrebbero vedere l'iniziativa di gruppi indigeni per l'ottenimento della riparazione come destabilizzante nel momento in cui il processo politico sta cercando di stabilire uno nuovo equilibrio costituzionale. È questo il caso del Sudafrica in relazione alla cause di riparazione relative all'*apartheid* in giurisdizioni estere⁵⁵.

8. Conclusioni.

La suddetta analisi dimostra come il fondamento legale della riparazione ai popoli indigeni possa essere trovato nella giurisprudenza dei diritti umani a livello internazionale e nel diritto internazionale umanitario. Tuttavia le specifiche norme che garantiscono la riparazione in queste aree del diritto, sono essenzialmente norme pattizie. Rimane il dub-

⁵⁵ Si veda D. SHELTON, *The World of Atonement*, cit, p. 274.

bio se e in quale misura ci sia, per gli indigeni, un diritto alla riparazione secondo il diritto internazionale consuetudinario. Un esame della prassi internazionale in materia ha mostrato segni positivi di progressivo sviluppo del diritto internazionale verso il riconoscimento di un diritto internazionalmente garantito alla riparazione delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. Si può, in previsione di un progressivo sviluppo del diritto internazionale in materia, attribuire un qualche significato all'adozione, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 21 marzo 2006, della risoluzione 60/147 contenente i principi base e le linee guida riguardanti il diritto alla tutela e alla riparazione delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario⁵⁶.

Tuttavia sarebbe errato pensare che il diritto internazionale garantisca un totale ed incondizionato diritto alla riparazione per le lesioni subite in passato. Come si è cercato di spiegare, ci sono ancora ostacoli legali e diverse barriere giuridiche che potrebbero impedire la riparazione o l'esercizio di questo diritto a livello internazionale. Il percorso più idoneo al superamento di tale ostacolo potrebbe trovarsi in un approccio eclettico che, da un lato combini soluzioni tradizionali interstatali con più moderne tecniche di facile accesso alla giurisdizione internazionale per gli individui, e dall'altro lato, unisca soluzioni giuridiche con quelle politiche e con i processi diplomatici. Il primo approccio può essere trovato nella decisione della Corte internazionale di giustizia riguardante il caso *Avena*, nel quale la Corte ha riconosciuto il doppio obbligo dello Stato convenuto in giudizio di provvedere alla riparazione in favore dello Stato e dell'individuo vittima della violazione⁵⁷. Può anche essere individuato nella prassi in materia di riparazioni seguita dalla Germania con riguardo sia allo Stato israeliano sia direttamente alle vittime della *Shoah*.

Il secondo approccio è basato sulla realistica osservazione che la prassi internazionale mostra che vi sono poche possibilità che gli indigeni ottengano la riparazione al di fuori dei meccanismi di *enforcement* dei diritti umani oggi esistenti: vale a dire la CEDU e la Convenzione americana. Pertanto, un approccio eclettico implica che le soluzioni giudiziali, nelle corti nazionali e internazionali, dovrebbero essere perseguite tenendo in considerazione forme di compromesso politico che implicino la *restitutio in integrum*, quando possibile, il risarcimento e l'ammissione dell'atto illecito, come in sostanza è già accaduto in relazione a molte pretese.

Come già menzionato all'inizio di questo lavoro, la memoria degli illeciti storici abbonda nel diritto internazionale contemporaneo. Battersi per la verità e la giustizia, che necessariamente include la riparazione, è parte di un sistema basato sul rispetto del principio di legalità e dell'uguale dignità di tutti gli esseri umani. Gli indigeni hanno, senza dub-

⁵⁶ UN General Assembly, *sixtieth session*, del 21 marzo 2006 (A/RES/60/147).

⁵⁷ *I.C.J. Reports*, 2004, p. 12.

bio, il diritto di ricordarci le passate tragedie di cui furono vittime ad opera dei colonizzatori, nel nome dell'impero, della religione o della superiorità razziale. Sono certamente titolari del diritto a chiedere la riparazione per le privazioni e le sofferenze subite in un non lontano passato. Ma la memoria di ingiustizie passate può avere anche un lato oscuro: la capacità di alimentare un senso di inimicizia e il perdurare di vecchi risentimenti che possono ostacolare la riconciliazione e la solidarietà necessarie alla costruzione di una società funzionale nel tempo presente. Garantire che la memoria delle passate ingiustizie non sia utilizzata strumentalmente per mantenere al presente vecchie divisioni e rancori⁵⁸: questa è probabilmente la funzione più importante della riparazione per le passate ingiustizie.

⁵⁸ Al tempo di questo scritto due eventi relativi alle memorie degli illeciti storici catturarono le prime pagine dei giornali: l'offensiva inquisitoria del governo Polacco riguardo alla richiesta obbligatoria e umiliante di divulgare qualunque collaborazione con il passato regime comunista, che ha incontrato l'indignato rifiuto di alcuni dei principali fondatori del partito democratico post comunista, come Geremek e Mazowiecki, e i violenti scontri a Tallin nel giorno in cui il governo dell'Estonia decise di rimuovere il monumento alla resistenza anti nazista, visto dalla Russia come una blasfema decisione che insultava la memoria di migliaia di soldati della resistenza russa all'occupazione nazista nei territori orientali. Due diversi usi della memoria, con il medesimo scopo di coltivare il risentimento piuttosto che la riconciliazione e lo spirito democratico di riconciliazione e di ricerca di un passato da condividere.

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*

SOMMARIO: 1. Premessa. –2. Le deroghe a favore di popolazioni indigene previste da accordi relativi alla conservazione di risorse naturali di interesse generale della Comunità internazionale – 3. I diritti delle popolazioni indigene sulle risorse naturali derivanti da accordi bilaterali e l'incidenza, nella delimitazione dei confini marittimi, del riconoscimento a favore delle popolazioni indigene di un diritto di accesso alle risorse biologiche viventi. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

In alcuni trattati relativi alla conservazione di risorse naturali di interesse generale della comunità internazionale¹, incluse quelle sottoposte alla sovranità territoriale degli Stati², si rinvencono clausole di deroga che consentono, entro certi limiti, lo sfruttamento di tali risorse da parte delle popolazioni indigene.

Clausole comportanti misure a favore di popolazioni indigene sono previste anche da accordi bilaterali aventi ad oggetto la cooperazione per la conservazione e la gestione di risorse naturali condivise e, talvolta, dalle disposizioni concernenti le risorse biologiche viventi inserite in trattati di delimitazione di confini marittimi.

Le brevi considerazioni che seguono si concentreranno su alcune delle più significative norme convenzionali in questione, le quali saranno analizzate in modo comparato e, laddove possibile, alla luce della prassi applicativa e della pertinente giurisprudenza di tri-

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi del Sannio di Benevento.

¹ Per un'approfondita analisi del regime giuridico di tali risorse si veda M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale della Comunità internazionale*, Torino, 1996.

² Ad esempio le foreste (sul cui regime giuridico, si vedano, anche per ulteriori richiami bibliografici, M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali*, cit., pp. 89-137 e, per più recenti sviluppi, B. SCULTE ZU SODINGEN, *Sustainable Forest Management – Progresses since Rio and Challenger for the Future*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 397 ss.). Tra gli accordi regionali che prevedono speciali diritti a favore delle popolazioni indigene si veda, nell'area centroamericana, la Convenzione per la gestione e la conservazione degli ecosistemi naturali forestali (Città del Guatemala, 29 ottobre 1993, in vigore dal 15 ottobre 1999, consultabile *on line* sul sito <http://www.sica.int>), il cui art. 5, lett. b) impone alle Parti contraenti di “reconocer y apoyar debidamente la diversidad cultural, respetando los derechos, obligaciones y necesidades de las poblaciones indigenas, de sus comunidades y otro habitantes de las zonas boscosas”.

bunali internazionali. Per contro, esse non si occuperanno delle risorse naturali non oggetto di tutela a livello internazionale e sottoposte alla sovranità territoriale di un unico Stato, con riferimento alle quali, del resto, potrebbe tutt'al più accertarsi la compatibilità di misure che ne consentono lo sfruttamento da parte di popolazioni indigene con eventuali norme intene di diritto ambientale³.

2. Le deroghe a favore di popolazioni indigene previste da accordi relativi alla conservazione di risorse naturali di interesse generale della Comunità internazionale.

Come si è anticipato, in trattati internazionali relativi alla conservazione o gestione razionale di risorse naturali di interesse generale della comunità internazionale, ed in

³ Beninteso, come è molto noto, dal punto di vista del diritto internazionale assumono un maggiore rilievo le differenti questioni, che tuttavia esulano dall'oggetto del presente intervento, del riconoscimento di diritti reali di popoli indigeni su terre ancestrali e sulle relative risorse naturali, incluse quelle non di interesse generale della comunità internazionale e della riparazione per l'espropriazione e l'occupazione di tali territori.

Ci si limiti qui a ricordare che di siffatti diritti si occupa anzitutto la parte II (articoli 13-19) della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) C169 relativa ai popoli indigeni e tribali (Ginevra, 27 giugno 1989; in vigore dal 5 settembre 1991, consultabile *on line* sul sito <http://www.ilo.org>) e ratificata anche da dodici Stati latino-americani o caraibici. In particolare, in materia di risorse naturali sottoposte alla esclusiva sovranità degli Stati, l'art. 15, par. 2 stabilisce: "In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities".

Di tali diritti si occupano altresì gli articoli 26-29 e 32 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni adottata dall'Assemblea generale con risoluzione 61/295 del 13 settembre 2007, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 288 ss.

In argomento, si vedano, tra gli studi più recenti, G. ULFSTEIN, *Indigenous Peoples Rights to Land*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2004, p. 1 ss.; L. WATTERS (ed.), *Indigenous Peoples, The Environment and Law*, Durham, 2004; J. ANAYA, *Divergent Discourses about International Law, Indigenous Peoples, and Rights over Lands and Natural Resources: Toward a Realistic Trend*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2005, p. 237 ss.; ID., *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resources Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005, p. 7 ss.; J. WARREN-FERNANDEZ, *Indigenous Communities Rights and Mineral Development*, in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2005, p. 395 ss.; A. FODELLA, *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 711 ss.; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, 2006; S. ERRICO, *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 167 ss.; G. FILOCHE, *Ethnodéveloppement, développement durable et droit en Amazonie*, Bruxelles, 2007; T. HALLER, A. BLÖCHLINGER, M. JOHN, E. MARTHALER, S. ZIEGLER (eds.), *Fossil Fuels, Oil Companies and Indigenous Peoples*, Münster, Wien, 2007; P. PUSTORINO, *Sviluppi sulla protezione internazionale dei popoli indigeni: la dichiarazione ONU del consiglio dei diritti umani*, in A. L. Palmisano (a cura di), *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo*, Roma, 2007, p. 17 ss.; F. LENZERINI (ed.), *Reparation for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford, 2008; J. V.

particolare in diversi trattati aventi ad oggetto la protezione di specie animali minacciate, si rinvencono norme comportanti specifiche eccezioni a favore di popolazioni indigene⁴.

In alcuni trattati, soprattutto in quello meno recenti, tali norme indicano direttamente le popolazioni indigene che possono godere di siffatte deroghe. Ad esempio, l'art. 7 della Convenzione di Washington del 9 febbraio 1957 sulla conservazione delle foche da pelliccia del Pacifico settentrionale⁵ dispone: "The provisions of this Convention shall not apply to Indians, Ainos, Aleuts, or Eskimos dwelling on the coast of the waters mentioned in Article III, who carry on pelagic sealing in canoes not transported by or used in connection with other vessels, and propelled entirely by oars, paddles, or sails, and manned by not more than five persons each, in the way hitherto practiced and without the use of firearms; provided that such hunters are not in the employment of other persons or under contract to deliver the skins to any person".

Le disposizioni di altri accordi sono meno dettagliate. Si consideri l'art. 3, par. 3, lett. c) dell'Accordo di Città del Capo del 19 giugno 2001 per la conservazione degli albatrici e dei petrelli⁶, ai sensi del quale "Parties may grant an exception [...] to accommodate the traditional needs and practices of indigenous peoples". In tali casi, si pone il problema di determinare, di volta in volta, la popolazione indigena a favore della quale la deroga può applicarsi. Problema che è accentuato dall'assenza nel diritto internazionale di una definizione univoca e "generalmente accettata di popolazione indigena o autoctona"⁷, la quale non è contenuta neanche nella recente Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni⁸.

ROYSTER, M. C. BLUMM (eds.), *Native American Natural Resources Law: Cases and Materials*, II ed., Durham, 2008, nonché, nel presente volume, sezione prima, i contributi di F. FRANCONI e R. PISILLO MAZZESCHI.

⁴ In argomento, si vedano, tra gli altri, A. M. WILSON, *L'utilisation traditionnelle du territoire par les autochtones et les instruments du droit international*, in *Revue québécoise de droit international*, 1986, p. 231 ss.; M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale delle specie animali minacciate*, Padova, 1992, p. 179 ss.; G. FILOCHE, *Ethnodéveloppement, développement durable*, cit., p. 383 ss.

⁵ Tale Accordo è entrato in vigore il 14 ottobre 1957 ed è pubblicato in *United Nations Treaty Series*, vol. 314, p. 105 ss.

⁶ Tale Accordo è entrato in vigore il 1° febbraio 2004 ed è consultabile *on line* sul sito <http://www.oceanlaw.net>.

⁷ Così M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale*, cit., p. 183. Per l'esame di alcune proposte di definizione di popolazioni indigene elaborate nell'ambito di organizzazioni internazionali, si veda V. BUONUOMO, *Cooperazione e sviluppo: le regole internazionali*, Bologna, 2005, p. 182 ss.

⁸ Con riferimento alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, nella versione adottata dal Consiglio dei diritti umani il 29 giugno 2006, è stato sostenuto da S. ERRICO, *La dichiarazione delle Nazioni Unite*, cit., p. 168 che "[l'] assenza di una definizione è da imputare alla ben nota difficoltà incontrata nell'individuare un approccio unico capace di cogliere la moltitudine di esperienze storicamente sperimentate dai diversi popoli [...]. D'altra parte il riferimento operato all'art. 33 al diritto, riconosciuto a questi popoli, di determinare *their own identity*, richiama il contemporaneo approccio al problema dell'identificazione dei popoli indigeni che fa leva, principalmente, sul cosiddetto criterio della *self-identification*".

In entrambe le categorie di disposizioni⁹, la concessione dei diritti di deroga all'applicazione delle norme di tutela ambientale è in genere subordinata alla verifica dell'impiego di tecniche tradizionali di pesca, caccia e allevamento di specie animali minacciate ovvero di gestione delle aree protette e delle altre risorse naturali di interesse generale della comunità internazionale¹⁰. Lo sfruttamento delle risorse deve essere inoltre destinato esclusivamente al fabbisogno della popolazione indigena interessata¹¹. Infine, talvolta viene richiesto che la deroga sia necessaria alla "sopravvivenza" della popolazione indigena. Occorre peraltro interpretare quest'ultima condizione estensivamente, dovendosi, non solo garantire ai popoli indigeni lo sfruttamento di risorse naturali finalizzato a soddisfare i loro bisogni primari, quali l'alimentazione o la realizzazione di abiti, ma tutelare, parimenti, le tradizionali attività connesse all'utilizzo di risorse naturali, ovvero condotte in area protette. Si tratta infatti di pratiche che, tramandate da una generazione all'altra, hanno consentito a dette popolazioni di preservare la loro identità culturale e quindi, in definitiva, la loro stessa "sopravvivenza"¹². Come è noto, questa interpretazione del concetto di

⁹ Secondo M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale*, cit., pp. 179-180 (alla quale si rinvia per ulteriori esempi di norme di trattati relativi alla protezione di specie animali minacciate contemplanti deroghe a favore di popolazioni indigene), le norme che provvedono direttamente a esentare un determinato gruppo autoctono sarebbero *self-executing*. Per contro le altre norme necessiterebbero "di un ulteriore provvedimento nazionale per trovare concreta applicazione".

¹⁰ Si consideri la Convenzione sulla protezione della natura nel Pacifico meridionale (Apia, 12 giugno 1976, in vigore dal 18 giugno 1990), in W. E. Burhenne (ed.), *Beiträge zur Umweltgestaltung*, London, The Hague, Boston, dal 1974 (doc. 978:49/1), dove, dopo essere stato riconosciuto nel Preambolo "the special importance in the South Pacific of indigenous customs and traditional cultural practices and the need to give due consideration to such matters", si stabilisce, nell'art. VI: "[A] Contracting Party may make appropriate provision for customary use of areas and species in accordance with traditional cultural practices". In argomento si veda A. M. WILSON, *L'utilisation traditionnelle du territoire*, cit., pp. 254-255.

¹¹ Ad esempio, il menzionato accordo per la conservazione degli albatrici e dei petrelli (*supra*, nota 6) oltre a richiedere che l'eventuale deroga sia concessa da una delle parti contraenti ai popoli indigeni al fine di tener conto del loro fabbisogno e di salvaguardare le loro pratiche culturali, stabilisce, al par. 4 dell'art. 3, che ciascuna delle eccezioni previste nel precedente par. 3, inclusa quindi quella riguardante le popolazioni autoctone, "shall be precise, and limited in space or in time".

¹² A. W. HARRIS, *Making the Case for Collective Rights: Indigenous Claims to Stocks of Marine Living Resources*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2003, p. 386, ritiene che "subsistence means more than the fulfillment of economic need; subsistence also refers to sustaining a people's culture. Subsistence in this sense is more than hunting and fishing at a level necessary for providing sustenance".

In proposito, può ricordarsi che ai sensi dell'art. 8, lett. j) della Convenzione sulla biodiversità (Rio de Janeiro, 5 giugno 1992; in vigore dal 29 dicembre 1993), in *United Nations Treaty Series*, vol. 1513 p. 193 ss., "[e]ach contracting Party shall, as far as possible and as appropriate: Subject to national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge innovations and practices". In argomento, si veda, A. VON HAHN, *Implementation and Further Development of the Biodiversity Convention. Access to Genetic Resources, Benefit Sharing and Traditional Knowledge of Local Communities*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 295 ss.

“*subsistence*” è stata accolta anche dalla Corte interamericana dei diritti dell’uomo, che nella sua giurisprudenza ha altresì dato risalto al “legame spirituale” che alcune popolazioni indigene instaurano con le terre ancestrali. Più precisamente, secondo la Corte, “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar pienamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹³.

Di *aboriginal subsistence* si parla soprattutto nell’ambito della Commissione baleniera internazionale¹⁴. Invero, sebbene nella Convenzione internazionale per la regolamentazione della caccia alla balena¹⁵ non siano previste norme relative alla cattura di tali cetacei da parte di popolazioni indigene, la Commissione, nell’ambito della sua attività di periodica revisione dell’Allegato (*Schedule*), ha disposto, a partire dal 1977, alcune misure riguardanti la cosiddetta *Aboriginal subsistence whaling*. Tali misure sono diventate ancora più incidenti dopo la decisione della moratoria totale della caccia alla balena a fini commerciali, adottata dalla stessa Commissione nel 1982 e costantemente rinnovata¹⁶.

¹³ Cfr. la sentenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo del 31 agosto 2001 nell’affare *Comunidad Magagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, par. 149, reperibile *on line* sul sito <http://www.corteidh.or.cr>. Per un’analisi di tale brano si veda P. PUSTORINO, *Sviluppi sulla protezione internazionale*, cit., pp. 22-24. Sulla pertinente giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell’uomo, si vedano, tra gli altri, L. HENNEBEL, *La protection de l’«intégrité spirituelle» des indigènes. Réflexions sur l’arrêt de la Cour interameicaine des droits de l’homme dans l’affaire Comunidad Moiwana c. Suriname*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2006, p. 253 ss.; J. M. PASQUALUCCI, *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*, in *Human Rights Law Review*, 2006, p. 281 ss.; P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela della minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, p. 259 ss.; E. TRAMONTANA, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani: il caso Comunidad Indígena Sawhoyamaka c. Paraguay*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 617 ss.

¹⁴ In argomento, si vedano, tra gli altri, A. M. WILSON, *L’utilisation traditionnelle du territoire*, cit.; N. C. DOUBLEDAY, *Aboriginal Subsistence Whaling: The Right of Inuit to Hunt Whales and Implications for International Environmental Law*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 1989, p. 390 ss.; M. C. MAFFEL, *La protezione internazionale*, cit., pp. 185-187; L. JENKINS, C. ROMANO, *Makah Whaling: Aboriginal Subsistence or a Stepping Stone to Undermining the Commercial Whaling Moratorium?*, in *Colorado Journal of International Law and Policy*, 1998, p. 71 ss.; A. GILLESPIE, *Aboriginal Subsistence Whaling: A Critique of the Inter-relationship between International Law and the International Whaling Commission*, ivi, 2001, p. 77 ss.; A. W. HARRIS, *Making the Case for Collective Rights*, cit.; E. M. BAKALAR, *Subsistence Whaling in the Native Village of Barrow: Bringing Autonomy to Native Alaskans Outside the International Whaling Commission*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2005, p. 601 ss.

¹⁵ Tale Convenzione è stata firmata a Washington il 2 dicembre 1946 ed è entrata in vigore il 10 novembre 1948. Cfr. *United Nations Treaty Series*, vol. 161, p. 72 ss.

¹⁶ Per la verità, nel corso della cinquantottesima riunione della Commissione baleniera internazionale, tenutasi dal 16 al 20 giugno 2006 a Saint Kitts e Nevis si era registrata una inversione di tendenza favorevole alla ripresa della cattura sostenibile di talune specie di balene, anche a fini commerciali (cfr. la risoluzione 2006-1, consultabile *on line* sul sito

L'*aboriginal subsistence whaling*, insieme alla *Scientific permit whaling*, costituisce infatti una deroga alla suddetta moratoria, consentendo ad alcune popolazioni indigene dell'Alaska, della Siberia, della Groenlandia e di Saint Vincent e Grenadine¹⁷, la cattura - con metodi non industriali, ancorché il più possibile attenti ad evitare sofferenze inutili ai cetacei¹⁸ - di un numero di balene sufficiente a soddisfare il loro fabbisogno nutrizionale. Tale deroga inoltre permette di garantire la sopravvivenza di usi e tradizioni che, da sempre appresi e condivisi dai componenti delle popolazioni indigene interessate, contribuiscono a costituirne e, al contempo, rinsaldarne la propria distinta identità culturale¹⁹.

3. I diritti delle popolazioni indigene sulle risorse naturali derivanti da accordi bilaterali e l'incidenza, nella delimitazione dei confini marittimi, del riconoscimento alle popolazioni indigene di un diritto di accesso alle risorse biologiche viventi.

In alcuni accordi bilaterali sono talvolta inserite norme aventi ad oggetto i diritti dei popoli indigeni sulle risorse naturali.

Può trattarsi anzitutto di accordi riguardanti la conservazione di specie animali migratorie, che, per la verità, prevedono disposizioni a favore delle popolazioni indigene o a favore delle popolazioni locali che non si differenziano molto da quelle esaminate nel paragrafo precedente. Ne costituisce un esempio, l'Accordo tra l'Australia e la Repubblica di Corea sulla protezione degli uccelli migratori²⁰, il quale, all'art. 2, lett. d), consente la possibilità di "hunting and gathering of specified migratory birds or their eggs by the inhabitants of specified regions who have traditionally carried on such activities for their own food, clothing or cultural purposes, provided that the population of each species is

<http://www.iwcoffice.org> e su cui si veda M. C. MAFFEI, *La Dichiarazione di Saint Kitts e Nevis: una svolta della Commissione baleniera internazionale?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2007, p. 137 ss.). Fortunatamente, nel corso della cinquantanovesima riunione, tenutasi ad Anchorage, dal 28 al 31 maggio 2007, la risoluzione 2007-4 "Affirms that the moratorium on commercial whaling remains in place and that the reasons for the moratorium are still relevant".

¹⁷ Per i dati relativi alle popolazioni indigene interessate, alle specie di balene nei confronti delle quali è ammessa l'*aboriginal whaling* e al numero di cetacei catturabili in virtù di tale deroga alla moratoria, si consulti il sito <http://www.iwcoffice.org>.

¹⁸ Sul punto si vedano le osservazioni di M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale*, cit., p. 184 e di E. M. BAKALAR, *Subsistence Whaling in the Native Village of Barrow*, cit., p. 609.

¹⁹ Secondo E. M. BAKALAR, *Subsistence Whaling in the Native Village of Barrow*, cit., p. 609, "[i]n addition to providing food, the hunt for the bowhead whale and consumption of mattak also preserves the culture and traditions of Alaskan Eskimo. The start of the bowhead hunt as well as the whale's capture and consumption, are accompanied by elaborate ceremony and ritual [...]. Ultimately, the hunt is an interaction between human, land and animal, and the successful capture of a bowhead is treated with reverence in recognition of its importance as a source of food, tools, and clothing. Thus, despite the trappings of modern life in northern Alaskan Eskimo villages, the subsistence whaling culture remains an integral part of the local society and its economy".

²⁰ Tale Accordo è stato concluso a Canberra il 6 dicembre 2006 ed è entrato in vigore il 13 luglio 2007. Cfr., *on line*, il sito <http://www.austil.edu.au>. Per le eccezioni a favore di popoli indigeni previste da altri accordi bilaterali concernenti la protezione di uccelli migratori, si v. M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale*, cit., pp. 179-180 e p. 188.

maintained in optimum numbers and that the adequate preservation of the species is not prejudiced”.

Maggiore interesse assumono invece le disposizioni che attribuiscono a popoli indigeni diritti sulle risorse biologiche viventi, inserite in trattati di delimitazione di confini marittimi. Tali norme, infatti, non hanno ad oggetto la previsione di eventuali eccezioni all'applicazione delle misure di conservazione di specie ittiche protette o di interesse generale della comunità internazionale, ma sono tese a stabilire, a favore delle popolazioni indigene di ciascuno dei due Stati contraenti, un diritto di accesso alle risorse biologiche del mare territoriale o della zona economica esclusiva dell'altro Stato contraente.

Si consideri l'art. 3, par. 1 dell'Accordo sulla delimitazione del mare territoriale tra la Tanzania e il Kenya, concluso sotto forma di scambio di lettere²¹, in cui le due Parti hanno convenuto che agli “indigenous fishermen from both countries engaged in fishing for subsistence, be permitted to fish within 12 nautical miles of either side of the territorial sea boundary in accordance with existing regulation”. Analogamente, l'art. 11 del Trattato tra l'Australia e la Nuova Zelanda relativo alla delimitazione di alcuni punti della frontiera marittima tra i due Stati, inclusa l'area di Torrey Strait²², garantisce alle popolazioni autoctone (*traditional inhabitants*²³) la libertà di navigazione e di pesca in entrambe le zone protette, istituite ai sensi dell'art. 10 del medesimo Trattato.

Peraltro anche taluni tribunali internazionali hanno statuito che, sussistendo particolari circostanze, un diritto di accesso alle risorse marine possa essere riconosciuto alle popolazioni indigene o ad altre popolazioni storicamente insediate in una determinata area geografica.

In particolare, nella sentenza del 12 ottobre 1984 resa nell'affare della *delimitazione della frontiera marittima nella regione del Golfo del Maine (Canada c. Stati Uniti d'America)*, una Camera della Corte internazionale di giustizia ha affermato che la neces-

²¹ Tale scambio di lettere, che ha comportato l'entrata in vigore del Trattato, è avvenuto il 17 dicembre 1975 e il 9 luglio 1976. Esso è consultabile *on line*, sul sito <http://www.un.org/Depts/los>.

²² Tale Accordo è stato concluso a Sidney il 18 dicembre 1978 ed è entrato in vigore il 15 febbraio 1985. Cfr. *United Nations Treaty Series*, vol. 1429, p. 207 ss. Sulle disposizioni relative ai diritti dei *traditional inhabitants* si vedano, M. C. MAFFEI, *La protezione internazionale*, cit., pp. 182-183 e A. DEL VECCHIO, *Considerations on the Management of Joint Fishing Zones in the Mediterranean*, in G. Cataldi (sous la direction de), *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21^e Siècle*, Bruxelles, 2002, p. 233.

²³ L'art. 1, par. 1, lett. m) del Trattato precisa peraltro che “‘traditional inhabitants’ means, in relation to Australia, persons who - (i) are Torres Strait Islanders who live in the Protected Zone or the adjacent coastal area of Australia, (ii) are citizens of Australia, and (iii) maintain traditional customary associations with areas or features in or in the vicinity of the Protected Zone in relation to their subsistence or livelihood or social, cultural or religious activities; and in relation to Papua New Guinea, persons who - (i) live in the Protected Zone or the adjacent coastal area of Papua New Guinea, (ii) are citizens of Papua New Guinea, and (iii) maintain traditional customary associations with areas or features in or in the vicinity of the Protected Zone in relation to their subsistence or livelihood or social, cultural or religious activities”.

sità di evitare che la delimitazione di un confine marittimo abbia un'incidenza sulle tradizionali attività di pesca tale da provocare “catastrophic repercussions for the livelihood and economic well-being of the population of the countries concerned”²⁴ costituisce una circostanza speciale di cui occorre tenere debitamente conto.

Detto paragrafo è stato richiamato dalla stessa Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 14 giugno 1993 nell'affare della *delimitazione della frontiera marittima nella regione situata tra la Groenlandia e Jan Mayen (Danimarca c. Norvegia)*. Invero, la Corte, ai fini della delimitazione della zona di pesca, ha corretto il tracciato provvisorio della linea mediana perché quest'ultima risultava “too far to the west for Denmark to be assured of an equitable access to the capelain stock, since it would attribute to Norway the whole of the area of the overlapping claims”²⁵. È inoltre significativo che, pur pervenendo alla conclusione che “while ice constitutes a considerable seasonal restriction of access to the waters, it does not materiall affect access to migratory fisheries resources in the southern part of the area of overlapping claim”²⁶, la Corte abbia valutato se la formazione stagionale di ghiacciai, che limita le attività di pesca delle popolazioni indigene della Groenlandia²⁷, potesse rappresentare una delle predette circostanze speciali.

In materia di diritti tradizionali di pesca sono particolarmente interessanti anche le due sentenze arbitrali del 3 ottobre 1996 rese nell'affare *Eritrea c. Yemen* e relative rispettivamente alle *questioni della sovranità territoriale e dell'oggetto della controversia* e alla *delimitazione marittima*. Nella prima sentenza, il tribunale, attribuendo allo Yemen la sovranità su alcune isole del Mar Rosso, ha disposto, al contempo, che tale Stato “shall ensure that the traditional fishing regime of free access and enjoyment for the fishermen of both Eritrea and Yemen shall be preserved for the benefits of the lives and livelihoods of this poor and industrious order of men”²⁸. Nella seconda sentenza, il tribunale ha chiarito che siffatto diritto, esercitato ormai da secoli dai pescatori eritrei, dovrà essere garantito finché la pesca da essi praticata nelle isole yemenite del Mar Rosso sarà essenzialmente di tipo artigianale. Beninteso, l'espressione “‘Artisanal fishing’ is used in contrast to ‘industrial fishing’”. It does not exclude improvements in powering the small boats, in the tech-

²⁴ Cfr. *I.C.J. Reports 1984*, p. 342, par. 347.

²⁵ Cfr. *I.C.J. Reports 1993*, p. 72, par. 76.

²⁶ Cfr. *I.C.J. Reports 1993*, p. 73, par. 78.

²⁷ È da osservare che la Corte, nel par. 74, ha ricordato che “Denmark has also stressed the dependence of the Inuit population of Greenland on the exploitation of the resources of the east coast of Greenland, particularly where sealing and whaling are concerned”. Senonché anche la Norvegia “has indicated that the waters between Jan Mayen and Greenland have long been the scene of Norwegian whaling, sealing and fishing, and that the various fishing activities in the Jan Mayen area account for more than 8 per cent of the total quantity of Norwegian catches, and that they contribute to the fragile economy of the Norwegian coastal communities”.

²⁸ Cfr. la sentenza arbitrale del 3 ottobre 1996 relativa alle *questioni della sovranità territoriale e dell'oggetto della controversia (Eritrea c. Yemen)*, consultabile *on line* sul sito <http://www.pca-cpa.org>, par. 526. Cfr. altresì par 527, punto vi.

niques of navigation, communication or in the techniques of fishing; but the traditional regime of fishing does not extend to large-scale commercial or industrial fishing”²⁹.

Infine, nella sentenza arbitrale dell’11 aprile 2006 resa nell’affare della *delimitazione marittima (Barbados c. Trinidad e Tobago)* proprio l’impossibilità per le Barbados di dimostrare che lo sfruttamento di alcune risorse pelagiche nella zona economica esclusiva di Trinidad e Tobago risalisse ad un periodo precedente al 1980, ha indotto il tribunale arbitrale ad escludere, in tale caso, l’esistenza di diritti tradizionali di pesca³⁰. Il tribunale ha anche riconosciuto che la delimitazione marittima da esso disposta avrà forse delle conseguenze economiche negative per i pescatori delle Barbados; tuttavia, richiamando implicitamente la ricordata giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, il tribunale ha altresì rilevato che “injury does not equate with catastrophe”³¹.

4. Considerazioni conclusive.

Dalla prassi e dalla giurisprudenza illustrate nei paragrafi precedenti è emerso come la maggior parte delle deroghe alle misure di conservazione di risorse di interesse generale della comunità internazionale previste a favore delle popolazioni indigene da apposite clausole inserite in trattati internazionali ovvero da decisioni adottate da organizzazioni internazionali preposte alla gestione di tali risorse non siano assolute. Si tende infatti a salvaguardare i diritti delle popolazioni indigene a porre in essere attività implicanti l’utilizzo di determinate risorse naturali – risorse non di rado necessarie anche a soddisfare i loro bisogni primari – e considerate necessarie alla sopravvivenza della loro identità culturale, senza al contempo comprometterne irrimediabilmente la conservazione³².

La *ratio* sottesa alle suddette clausole e risoluzioni sembra pertanto quella di un’applicazione per analogia del principio della responsabilità comune ma differenziata, il quale, come è noto, concerne la maggiore gravosità per gli Stati industrializzati rispetto agli Stati con economie in difficoltà degli obblighi internazionali in materia di protezione dell’ambiente. Nel caso di specie, l’applicazione del principio della responsabilità comune ma differenziata può, ad esempio, tradursi nella possibilità per le popolazioni indigene di catturare, ai fini della loro “*subsistence*”, solo un numero limitato di una determinata specie animale minacciata; limitazione cui corrisponde tuttavia un più rigido divieto di cattura di tale

²⁹ Cfr. la sentenza arbitrale del 3 ottobre 1996 relativa alla *delimitazione marittima (Eritrea c. Yemen)*, consultabile *on line* sul sito <http://www.pca-cpa.org>, par. 106.

³⁰ Cfr. la sentenza arbitrale dell’11 aprile 2006, relativa alla *delimitazione marittima (Barbados c. Trinidad e Tobago)*, consultabile *on line* sul sito <http://www.pca-cpa.org>, par. 266.

³¹ *Ibidem*, par. 267.

³² “Car”, come è stato osservato da A. M. WILSON, *L’utilisation traditionnelle du territoire*, cit., p. 252, “il existe une extraordinaire coïncidence dans le fait que les espèces les plus menacées de par les activités économiques des Etats ou de leurs nationaux sont celles que les autochtones privilégient pour leur nourriture et vêtements”.

specie animale da parte di qualsiasi individuo o gruppo di individui non appartenente ad una popolazioni indigena (si pensi all'*aboriginal whaling*, da un lato, e alla moratoria della caccia alla balena a fini commerciali, dall'altro). Ancora, si può ipotizzare che il principio in parola sia sotteso nelle disposizioni comportanti la possibilità per talune popolazioni autoctone di praticare, con metodi tradizionali, la pesca di determinate risorse ittiche, per le quali vige invece un divieto di pesca industriale.

Proprio con riferimento ai diritti tradizionali di pesca (di cui talvolta i tribunali internazionali tengono conto nella delimitazione di un confine marittimo), dall'analisi della prassi e della giurisprudenza internazionali, è emerso che essi possono essere garantiti alle popolazioni, spesso indigene, che praticano una cosiddetta "artisanal fishing" anche in zone marine sottoposte alla sovranità di uno Stato diverso da quello di cui hanno la nazionalità. In questi ultimi casi, peraltro, può trattarsi di misure espressamente previste per tutelare dette popolazioni, soprattutto allorquando la loro economia è principalmente basata sulla pesca. In altri termini, le misure adottate dello Stato terzo non necessariamente costituiscono una deroga all'applicazione di norme ambientali internazionali relative alla conservazione di una determinata specie ittica, ben potendo esso autorizzare, ancorché nei limiti della quota massima di cattura, i pescherecci battenti la propria bandiera a praticare attività di pesca industriale.

BIOPROSPECTING NELLE ANDE: CONSIDERAZIONI IN MERITO ALLE DECISIONI 391/1996 E 486/2000 DELLA COMUNITÀ ANDINA

Simone Vezzani*

SOMMARIO: 1. Premessa- 2. Il regime di accesso alle risorse biologiche e genetiche stabilito dalla decisione 391/1996 della Comunità andina e la tutela delle conoscenze tradizionali dei popoli indigeni. - 3. L'attuazione delle decisioni 391/1996 e 486/2000 negli Stati membri. - 4. La Comunità andina come laboratorio normativo: insegnamenti in vista dell'istituzione di un regime internazionale in tema di accesso alle risorse genetiche e di ripartizione dei benefici. - 5. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Per ragioni di natura geografica e paleoclimatica i Paesi dell'America Latina costituiscono uno dei principali centri di diversificazione biologica del Pianeta, tanto da ospitare, secondo alcune stime, oltre un terzo delle risorse genetiche animali e vegetali conosciute¹. Alla ricchezza in termini di biodiversità si associa un vasto patrimonio di conoscenze relative alle proprietà curative, cosmetiche e sanitarie delle risorse anzidette, accumulato nel corso dei secoli da popolazioni locali, indigene e afro-americane. Questa straordinaria combinazione di ricchezza biologica e di saperi tradizionali ha reso l'America Latina – e *in primis* i Paesi del bacino amazzonico e della regione andina – terreno privilegiato per la realizzazione di campagne di bioprospezione che hanno consentito a imprese multinazionali e ad istituti di ricerca, prevalentemente stranieri, di ricavare ingenti profitti dalla commercializzazione di ritrovati ottenuti grazie al contributo preponderante di conoscenze tradizionali, ma senza alcuna remunerazione a favore delle comunità detentrici.

L'indicato fenomeno penalizza fortemente i Paesi di origine delle risorse e i popoli indigeni in essi insediati, privandoli di concrete prospettive di sviluppo economico e ostacolando, non di rado, i loro sforzi verso il raggiungimento di una piena sovranità alimentare. Numerosi casi che interessano direttamente l'America Latina mostrano come il conferimento a terzi di diritti di proprietà intellettuale negli Stati di origine o altrove possa

* Dottorando di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea, Università di Firenze.

¹ Buona parte di queste risorse, pari secondo alcune stime al 15% delle risorse genetiche del Pianeta, si trova negli Stati membri della Comunità andina: si veda G. FERNÁNDEZ DE SOTO, *Towards the Strengthening of the Andean Community: Challenges, Achievements and Perspectives for the Future*, in *Studia diplomatica*, 2005-III, p. 22.

impedire la coltivazione di varietà vegetali anche tradizionali e l'esportazione dei raccolti. Un esempio di scuola è fornito dal brevetto statunitense n. 5894079, ottenuto da un cittadino nordamericano su una varietà di fagioli gialli selezionata impiegando semi acquistati in Messico: dopo aver conseguito il brevetto, il detentore se ne è avvalso per bloccare l'importazione negli Stati Uniti di fagioli dello stesso tipo di quelli coltivati da secoli dagli agricoltori messicani².

Più frequentemente, l'attribuzione in uno o più Paesi di brevetti o di altri diritti di proprietà intellettuale può porre un freno allo sviluppo dell'artigianato e dell'industria locali. La prassi offre al riguardo numerosi esempi di "biopirateria", consistenti nell'ottenimento di privative su prodotti e procedimenti realizzati grazie allo sfruttamento, senza equo compenso, delle pratiche e dei saperi tradizionali. Per rimanere in ambito latino-americano, basterà qui ricordare due brevetti rilasciati sempre negli Stati Uniti su applicazioni farmaceutiche, note da tempi immemorabili alle popolazioni indigene, di una pianta originaria del Perù, il maca³.

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, le conoscenze collettive dei popoli indigeni e i valori culturali ad esse associati hanno ricevuto crescente riconoscimento e tutela negli strumenti internazionali vincolanti e non vincolanti. Si segnalano qui soltanto la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro⁴, la Convenzione di Rio sulla biodiversità⁵ e, da ultimo, la Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni adottata il 13 settembre 2007 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite⁶. Quest'ultima, in particolare, sancisce all'art. 31 che:

1. Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their sciences, technologies and cultures, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, oral traditions,

² Sulla vicenda del fagiolo messicano v. B. DHAR, R.-V. ANURADHA, *Access, Benefit-Sharing and Intellectual Property Rights*, in *Journal of World Intellectual Property*, 2004, p. 605 s., dove si evidenzia come le esportazioni di fagioli gialli fra Messico e Stati Uniti si siano ridotte di oltre il 90% a seguito dell'intensificarsi dei controlli doganali, con ripercussioni sull'intero settore merceologico.

³ Brevetto statunitense n. 6093421, rilasciato il 25 giugno 2000 e brevetto statunitense n. 6267995, rilasciato il 31 luglio 2001. Il testo di entrambi i brevetti è consultabile sul sito dell'*United States Patent and Trademark Office* (<http://www.uspto.gov>).

⁴ Cfr. Convenzione relativa ai popoli indigeni e tribali (Convenzione ILO n. 169/1989), articoli 2 e 5. Giova sottolineare che la convenzione in esame è stata ratificata da tutti e quattro gli Stati membri della Comunità andina.

⁵ Cfr. Convenzione sulla biodiversità adottata a Rio nel giugno 1992, art. 8, lett. j).

⁶ Per ulteriori riferimenti agli strumenti internazionali in materia di salvaguardia del patrimonio conoscitivo dei popoli indigeni, v. per tutti M. HALEWOOD, *Indigenous and Local Knowledge in International Law: a Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection*, in *McGill Law Journal*, 1999, p. 955 ss. e M. FRABONI, F. LENZERINI, *Indigenous Peoples' Rights, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge: the Case of the Sateré-Mawé People*, in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Biotechnology and International Law*, Oxford, 2006, p. 344 ss.

literatures, designs, sports and traditional games and visual and performing arts. They also have the right to maintain, control, protect and develop their intellectual property over such cultural heritage, traditional knowledge, and traditional cultural expressions.

2. In conjunction with indigenous peoples, States shall take effective measures to recognize and protect the exercise of these rights.

L'ampia base soggettiva degli strumenti suaccennati, la prassi più recente degli Stati e le posizioni da essi espresse nei fori di discussione internazionale, inducono a ritenere che si sia ormai consolidata una norma di diritto internazionale generale in base alla quale lo sfruttamento delle conoscenze tradizionali dei popoli indigeni – o quantomeno delle conoscenze tradizionali che riguardano la biodiversità – possa avvenire soltanto col previo consenso informato dei popoli stessi e in modo da garantire loro un'equa ripartizione dei benefici⁷.

Fra le misure prese dagli Stati per proteggere e promuovere il patrimonio conoscitivo dei popoli indigeni associati alle risorse biologiche si distinguono quelle adottate nel quadro della Comunità andina (già Patto andino). Gli Stati membri di questa organizzazione internazionale sono stati infatti i primi a stabilire un regime comune per regolare su scala regionale l'accesso alle risorse biologiche del proprio territorio, unitamente alle conoscenze tradizionali ad esse collegate. Tale normativa, assunta quale modello da altre organizzazioni regionali, continua a suscitare interesse nell'ambito del negoziato internazionale in tema di accesso alle risorse e di ripartizione dei benefici attualmente in corso in seno alla Conferenza delle Parti alla Convenzione di Rio sulla biodiversità⁸. A più di dieci anni dalla sua elaborazione, essa merita dunque di essere presa nuovamente in esame, al fine di verificare in quale misura abbia effettivamente contribuito alla realizzazione degli obiettivi prefissati, e in special modo alla salvaguardia dei diritti dei popoli indigeni.

2. Il regime di accesso alle risorse biologiche e genetiche stabilito dalla decisione 391/1996 della Comunità andina e la tutela delle conoscenze tradizionali dei popoli indigeni.

Fin dagli anni '70 e '80 del secolo scorso, quando era prevalente nella comunità internazionale il convincimento che le risorse genetiche costituissero dei beni sottoposti a un

⁷ Per una dimostrazione di quanto asserito nel testo, si veda S. VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 312 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁸ L'impegno di negoziare uno strumento internazionale in materia di accesso alle risorse genetiche è stato assunto dagli Stati partecipanti al *Summit* mondiale delle Nazioni Unite tenutosi a Johannesburg nel 2002. I negoziati sono attualmente in corso nel quadro del *Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit Sharing*, organo istituito dalla Conferenza delle Parti alla Convenzione di Rio sulla biodiversità, il quale si è riunito per la sesta volta a Ginevra nel gennaio 2008.

regime di libero accesso, i Paesi dell'America Latina sono stati fra i primi ad adottare unilateralmente misure restrittive, le quali hanno svolto un ruolo non secondario nella formazione della norma di diritto internazionale generale (poi cristallizzata dalla Convenzione sulla biodiversità del 1992) che estende a siffatte risorse la sovranità statale. Ben rappresentativa degli sforzi miranti a conservare un monopolio sulla riproduzione di specie animali e vegetali autoctone è la Convenzione sulla conservazione e la gestione della vigogna (Lima, 1979), stipulando la quale Bolivia, Argentina, Cile, Ecuador e Perù si sono reciprocamente impegnati a non esportare in Paesi terzi esemplari fertili di questa razza animale o altri materiali di riproduzione⁹. Anche dopo l'entrata in vigore della Convenzione sulla biodiversità, l'esigenza di una specifica tutela degli interessi convergenti fra i Paesi andini è apparsa evidente a seguito di alcuni episodi di "biorazzia" lesivi degli interessi dell'intera regione come il rilascio, nel 1994, di un brevetto statunitense su un una linea sterile di un cereale autoctono (*quinoa*) coltivato da secoli nelle Ande¹⁰.

In questo contesto si inserisce la decisione 391/1996 (*Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos*) adottata nel 1996 dalla Commissione dell'allora Patto andino, organizzazione di integrazione politica istituita nel 1969 sul modello dell'allora Comunità economica europea¹¹. Come si evince chiaramente dal testo, la decisione n. 391/1996 ha fra i suoi obiettivi principali quello di rafforzare il potere negoziale di Stati detentori di risorse in larga misura condivise, secondo una logica di "cartello" non dissimile da quella soggiacente alla Convenzione di Lima appena ricordata¹².

La decisione stabilisce che le campagne di bioprospezione debbano essere autorizzate in ciascuno Stato da un'apposita autorità nazionale competente, al termine di una procedura amministrativa messa in moto dalla presentazione di una domanda di accesso¹³.

⁹ Convenzione per la conservazione della vigogna, adottata a Lima il 20 dicembre 1979, art. 4.

¹⁰ Brevetto statunitense n. 5304718, concesso nel 1994 alla *Colorado State University*. Nel 1998 l'Università ha lasciato decadere il brevetto per mancato pagamento delle tasse di rinnovo, dopo una campagna di mobilitazione della società civile internazionale. Col termine "biorazzia" si indica l'ottenimento di brevetti o di altri diritti di proprietà intellettuale su invenzioni realizzate grazie a campioni biologici illecitamente prelevati (cfr. S. VEZZANI, *Normative brevettuali e accesso alle risorse biologiche e genetiche: ripartizione giusta ed equa dei vantaggi o "biorazzia"?*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario. Questioni generali e tutela della proprietà intellettuale*, Torino, 2006, p. 262.

¹¹ La Comunità andina è composta attualmente da Bolivia, Colombia, Ecuador e Perù. Di essa è stato membro fino al 2006 anche il Venezuela.

¹² Cfr. decisione 391/96, art. 2, par. e), consultabile sul sito <http://www.comunidadandina.org/index.htm>.

¹³ Sulla decisione 391/96 si vedano M. ROSELL, *Access to Genetic Resources: a Critical Approach to Decision 391 'Common Regime on Access to Genetic Resources' of the Commission of the Cartagena Agreement*, in RECIEL, 1997, p. 274 ss.; K. TEN KATE, *The Common Regime on Access to Genetic Resources in the Andean Pact*, in *Biopolicy Journal*, 1997, consultabile sul sito <http://www.bioline.org.br/request?py97006>; M-R. MULLER, *Regulating Bioprospecting and Protecting Indigenous Peoples' Knowledge in the Andean Community: Decision 391 and Its Overall Impacts in the Region*, in S. TWAROG, P. KAPOOR (a cura di), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*, New York, p. 241 ss.

Secondo il combinato disposto degli articoli 22 e 26, la domanda di accesso deve fornire indicazioni dettagliate in ordine alle coordinate geografiche del sito o dell'area ove si intendono effettuare le ricerche, alle finalità e alle concrete modalità di svolgimento di queste ultime e ad eventuali rischi ambientali legati alle attività di accesso. Laddove ritenga che le attività prospettate siano conformi alla decisione e alle normative nazionali pertinenti, l'autorità nazionale competente potrà rilasciare l'autorizzazione amministrativa richiesta, previa conclusione di un contratto di accesso col richiedente che assicuri allo Stato di origine delle risorse una partecipazione ai benefici economici derivanti dalla bioprospezione, attraverso trasferimenti finanziari e tecnologici e l'instaurazione di *partnerships* con enti di ricerca nazionali¹⁴.

Contratti accessori possono essere conclusi con i fornitori delle risorse biologiche da cui si intendano estrarre le risorse genetiche o i loro *productos derivados*, in particolare con i proprietari dei terreni oggetto di *screening*, con orti botanici, con centri di conservazione del germoplasma... Preme sottolineare, a questo riguardo, che lo strumento in esame distingue chiaramente, all'art. 6, lo statuto giuridico dei supporti biologici e quello delle risorse genetiche in essi contenute, considerate come «bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada País Membro»¹⁵. A differenza delle risorse genetiche, i loro supporti biologici possono costituire oggetto di proprietà privata e non sono sottoposti al regime di accesso sino al momento in cui vengano impiegati ad uso alimentare o ad altri usi industriali (nel settore del tessile, nell'industria del legname, etc.) per i quali non assume rilievo la loro caratteristica di veicoli di informazioni genetiche. La decisione equipara invece alle risorse genetiche, estendendo loro il regime di accesso comune, i c.d. prodotti derivati, ovvero le risorse biologiche costituite da sostanze biochimiche presenti allo stato naturale e gli estratti di organismi viventi¹⁶. Agli estensori della decisione e agli scienziati da essi consultati era infatti ben chiaro che le campagne di bioprospezione condotte dalle industrie farmaceutiche e biotecnologiche hanno frequentemente ad oggetto non tanto la selezione di varietà vegetali o l'individuazione di sequenze di DNA codificanti proteine di interesse industriale, quanto piuttosto l'estrazione, l'isolamento e la purificazione di principi attivi di origine biologica.

In armonia con la Convenzione sulla biodiversità, la decisione 391/1996 riconosce il contributo dei popoli indigeni e delle comunità locali alla conservazione della biodiversità e vincola gli Stati a tutelare e promuovere «los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones

¹⁴ Un modello di contratto di accesso è stato adottato dalla Comunità andina con la risoluzione n. 415 del 21 luglio 1996 (*Adopción del modelo referencial de contrato de acceso a recursos genéticos*).

¹⁵ Decisione 391/1996, art. 6.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, art. 1 e art. 3.

y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados»¹⁷. In particolare, essa stabilisce che, tutte le volte in cui alle risorse si associno conoscenze tradizionali di comunità indigene, locali o afroamericane, al contratto di accesso debba essere annesso, a pena di nullità, un contratto con le comunità detentrici, il quale dovrà assicurare loro una compartecipazione ai benefici derivanti dalla bioprospezione (art. 35). L'affermazione del diritto dei popoli indigeni di disporre liberamente delle proprie conoscenze tradizionali ed eventualmente di opporsi, sulla base delle proprie preferenze culturali, al loro sfruttamento commerciale, è certamente in linea con il principio cardine del previo consenso informato. La decisione lascia, peraltro, molte questioni irrisolte e prende atto della necessità di un ulteriore intervento degli organi comunitari per rafforzare la protezione delle conoscenze tradizionali negli Stati membri¹⁸.

La decisione attribuisce alle istanze nazionali la competenza a stabilire le sanzioni civilistiche, penali e amministrative conseguenti alla violazione del regime comune di accesso, e si limita a indicare, a titolo esemplificativo, l'esclusione dalla possibilità di presentare nuove domande di accesso¹⁹.

Il *timetable* della procedura di valutazione delle domande di accesso è regolato in maniera dettagliata e alcune misure sono predisposte per rendere il regime il più possibile trasparente. Dopo il ricevimento delle domande, l'autorità nazionale competente ha 30 giorni lavorativi di tempo, estensibili fino a 60 giorni, per esprimere un parere positivo o negativo²⁰. Tutte le domande, le autorizzazioni e un estratto dei contratti di accesso devono essere pubblicati su giornali locali²¹ e ciascuna autorità deve tenere aggiornato un registro accessibile al pubblico, contenente alcune informazioni essenziali in merito all'esecuzione dei contratti di accesso stipulati²².

Lo strumento in esame impegna inoltre gli Stati a instaurare fra di loro una cooperazione tecnica e scientifica e ad agire in maniera coordinata notificando tempestivamente le domande ricevute e, soprattutto, prendendo in considerazione gli interessi degli altri Stati membri della Comunità nella predisposizione dei contratti di accesso²³. Onde favorire il coordinamento fra le autorità nazionali competenti, l'art. 51 istituisce un Comitato andino sulle risorse genetiche, cui affida il compito di vegliare sul corretto funzionamento del sistema, evitando così che una competizione eccessiva fra gli Stati induca alla conclusione di contratti di accesso economicamente poco vantaggiosi.

¹⁷ *Ibidem*, art. 7.

¹⁸ *Ibidem*, VIII disposizione temporanea.

¹⁹ *Ibidem*, art. 47.

²⁰ *Ibidem*, art. 29.

²¹ *Ibidem*, articoli 28 e 38.

²² *Ibidem*, art. 21.

²³ *Ibidem*, II disposizione finale.

Il coordinamento si realizza altresì a un livello successivo. Stabilendo un legame molto innovativo fra regime di accesso alle risorse biologiche e genetiche e tutela della proprietà intellettuale, la decisione dispone che «[l]os Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión»²⁴. Le modalità per raggiungere concretamente l'indicato obiettivo sono state specificate dalla decisione della Commissione 486/2000 (*Régimen Común sobre Propiedad Industrial*). Quest'ultima stabilisce che, in tutti gli Stati membri, il richiedente un brevetto su invenzioni ottenute sfruttando risorse genetiche o prodotti derivati prelevati in un qualsiasi Stato membro debba presentare, all'atto del deposito della domanda di brevetto, una copia del contratto di accesso²⁵ e, se del caso, del contratto con le comunità detentrici delle conoscenze tradizionali associate²⁶. La mancata presentazione di questi documenti costituisce, sempre ai termini della decisione, una causa di invalidità del brevetto, che potrà essere fatta valere di fronte alle istanze nazionali competenti nei modi previsti dal diritto dello Stato di rilascio²⁷.

3. L'attuazione delle decisioni 391/1996 e 486/2000 negli Stati membri.

Largamente ispirato al modello dei Trattati di Roma, l'accordo di Cartagena, come successivamente integrato, prevede che le decisioni della Commissione andina siano direttamente produttive di effetti negli ordinamenti degli Stati membri²⁸. Proprio per questo, anche in assenza di specifici interventi da parte dei legislatori nazionali, le due decisioni sopra esaminate hanno trovato facilmente attuazione negli ordinamenti statali nelle loro parti *self-executing*. Si registrano, al riguardo, casi in cui una domanda di brevetto avente ad oggetto un'invenzione ottenuta impiegando risorse biologiche originarie delle Ande è stata respinta dall'ufficio di uno Stato membro per il fatto che il richiedente non aveva ottenuto un'autorizzazione alla bioprospezione conformemente a quanto stabilito dalla decisione 391/1996²⁹.

²⁴ *Ibidem*, II disposizione complementare.

²⁵ Decisione 486/2000, art. 26, lett. h).

²⁶ *Ibidem*, art. 26, lett. i).

²⁷ *Ibidem*, art. 75, lett. g) e lett. h).

²⁸ Cfr. il trattato istitutivo del *Tribunal de Justicia de la Comunidad andina*, come emendato il 10 marzo 1996, art. 3.

²⁹ Sotto questo profilo, molto attivo nel prevenire la concessione di brevetti su invenzioni frutto di "biopirateria" e di "biorazzia" è stato il Perù, il quale ha istituito nel 2006 un apposito ente, la *Comisión Nacional contra la Biopiratería*, incaricato di collaborare con l'ufficio brevetti nazionale e di intraprendere all'estero tutte le azioni necessarie per impedire il rilascio dei brevetti suddetti (cfr. *Decreto Supremo n. 022-3006-PCM* del 4 maggio 2006). Fra le iniziative miranti a istruire il personale degli uffici brevetti nazionali in modo da consentire una corretta applicazione della decisione 486/2000, si segnala anche un *memorandum* concluso il 9 agosto 2005 dal segretario della Comunità andina e dalla Società peruviana di diritto ambientale.

Assai più problematico è stato il funzionamento del meccanismo di autorizzazione, e in particolare il suo coordinamento con le normative nazionali sulla protezione dei diritti dei popoli indigeni. Occorre premettere che i Paesi della Comunità andina hanno effettuato molti sforzi negli ultimi anni per salvaguardare e promuovere il patrimonio conoscitivo dei popoli indigeni, il quale gode persino di tutela a livello costituzionale in Ecuador³⁰ e in Venezuela³¹. Al pari di molti Paesi dell'America centrale e meridionale, essi hanno inoltre emanato leggi molto severe che sanzionano, anche con pene detentive, l'esportazione non autorizzata di materiali biologici. Ciò non è stato tuttavia sufficiente a garantire la corretta operatività del regime di accesso.

Un caso assai singolare è quello del Perù. La prospettiva di un probabile recesso dalla Comunità andina ha indotto le autorità peruviane a non attivarsi, se non con molti anni di ritardo, per emanare una sia pur minima normativa di attuazione della decisione 391/1996. Quest'inerzia ha prodotto numerose difficoltà in ordine all'individuazione dell'autorità nazionale competente ad autorizzare le campagne di bioprospezione. I conflitti di competenza e i considerevoli ritardi nell'approvazione delle domande hanno fatto sì che buona parte di esse siano state lasciate decadere.

Più tempestivi nello stabilire l'autorità nazionale competente, individuata generalmente nel ministero responsabile della gestione dell'ambiente o in ente pubblico ad esso in vario modo collegato, sono stati gli altri Paesi membri, i quali non hanno superato di molto il termine previsto dalla decisione di trenta giorni dalla sua entrata in vigore³². Ciò spiega il conseguimento, in questi anni, di risultati relativamente migliori, che si sono concretizzati nella stipulazione di contratti di accesso in Venezuela, Colombia e Bolivia. Ad oggi, peraltro, nessuno di questi Stati ha emanato un quadro coerente di normative attuative³³,

³⁰ Secondo l'art. 84 della Costituzione dell'Ecuador del 1998 «[e]l Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico [...] 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural [...] 9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley».

³¹ Cfr. l'art. 124 della Costituzione venezuelana del 1999, secondo il quale «[s]e garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnología e innovaciones de los Pueblos Indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales».

³² Tale termine è previsto dalla decisione 391/1996, V disposizione temporanea.

³³ Fra le normative di attuazione che si limitano sostanzialmente ad operare un rinvio alla decisione 391/1996 o a riprodurre sostanzialmente il testo si vedano il *Decreto supremo* boliviano n. 24676, entrato in vigore il 21 giugno 1997, la

né è riuscito a perseguire in maniera soddisfacente gli obiettivi di trasparenza e certezza giuridica imposti dalla decisione comunitaria.

Di un sistema maggiormente sofisticato si è dotato proprio il Perù approvando la legge n. 27811 del 2002³⁴. Questa legge, che non è possibile qui esaminare in tutti i suoi aspetti, istituisce dei registri di conoscenze tradizionali consultando i quali l'autorità nazionale competente dovrebbe essere facilmente in grado di appurare l'esistenza di saperi connessi alle risorse biologiche in relazione alle quali siano inoltrate domande di bioprospezione³⁵. Stabilisce inoltre che i *contratos de licencia de uso de conocimientos colectivos*, ovvero i contratti di cui all'art. 34 della decisione 391/1996, siano registrati presso un ente pubblico (INCODEPI) incaricato di verificare che le imprese bioprospettrici non si avvalgano della propria forza contrattuale per concludere accordi eccessivamente sfavorevoli per le controparti. Una soglia minima è stabilita in particolare per l'ammontare delle somme che devono essere versate come compenso per lo sfruttamento delle conoscenze tradizionali, pari al 5% degli introiti derivanti dalla commercializzazione dei beni sviluppati grazie a siffatte conoscenze³⁶. La legge prevede che i popoli indigeni interessati dalle campagne di bioprospezione debbano consultarsi con il maggior numero possibile di popoli indigeni detentori delle medesime conoscenze, tenendo conto degli interessi e delle opinioni di questi ultimi in sede di stipulazione dei contratti di licenza³⁷. E' inoltre istituito un *Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indigenas* destinato a finanziare progetti a beneficio di tutte le comunità indigene peruviane e alimentato, secondo la tecnica del dominio pubblico pagante, da una quota dei proventi realizzati da chiunque sfrutti a fini commerciali saperi collettivi divulgati e divenuti accessibili al di fuori delle comunità indigene³⁸. Se correttamente applicata, la legge peruviana del 2002 dovrebbe assicurare il rispetto dei

legge ecuadoriana n. 24676 emanata nel maggio 2000; la legge venezuelana n. 5468 del 24 maggio 2000 (articoli 72-78). Progetti di legge più dettagliati sono in questi mesi allo studio in Ecuador e Bolivia (per ulteriori informazioni v. B. TOBIN, *Regulating Access and Benefit Sharing in the ANDES: Exploring the Challenger of ABS Governance*, in <http://www.mtnforum.org/rs/ec/mp/ha/background%20papers/session3a-tobin-english.doc>). Molti degli atti sopra menzionati, unitamente al progetto di legge ecuadoriano, possono essere consultati sul prezioso *database online* gestito dal Segretariato della Convenzione sulla biodiversità, in <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-bo-es.pdf>.

³⁴ *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, entrata in vigore il 10 agosto 2002, consultabile sul *database* di cui alla nota precedente.

³⁵ *Ibidem*, art. 15 ss.

³⁶ *Ibidem*, art. 27, lett. c).

³⁷ *Ibidem*, art. 6. Ai sensi dell'art. 46, eventuali vertenze insorte fra il popolo indigeno che ha negoziato il contratto di licenza e altre comunità detentrici di conoscenze condivise possono essere risolte in base a principi di equità e tramite il ricorso a meccanismi tradizionali di soluzione delle controversie.

³⁸ Cfr. *ibidem*, art. 13 e art. 37 ss. A questo Fondo deve essere versata anche una quota di proventi ottenuti sfruttando conoscenze tradizionali non cadute nel pubblico dominio a seguito della stipulazione di contratti di licenza (art. 13). Per ulteriori informazioni sul punto cfr. P. DRAHOS, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Sterling, 2004, p. 118 ss.

principi del previo consenso informato dei popoli indigeni nel procedimento di autorizzazione all'accesso e garantire un'equa ripartizione dei benefici anche nell'ipotesi in cui diverse comunità detengano le medesime conoscenze tradizionali. Occorre però osservare che l'alto livello di protezione assicurato da questa legislazione ha costituito un disincentivo alla presentazione di domande di accesso da parte di possibili bioprospettori.

Il numero contenuto di contratti di accesso conclusi in questo decennio dagli attuali Stati membri e dal Venezuela testimoniano del mancato successo del regime andino nel suo complesso. Basti pensare che, secondo i dati raccolti in uno studio del 2007, soltanto una sessantina di domande erano state inoltrate alle autorità nazionali competenti, di cui soltanto dieci erano state approvate³⁹. Considerata la ricchezza della regione in termini di biodiversità, pare legittimo dubitare che a questi numeri corrisponda uno scarso interesse da parte delle imprese nei confronti di *bioprospecting* nelle Ande. Assai più probabile è che alcune ricerche siano state condotte senza l'autorizzazione degli Stati di origine delle risorse, vuoi attraverso il prelievo *in situ*, vuoi grazie all'ottenimento di campioni da centri di conservazione del germoplasma sottoposti alla giurisdizione di altri Stati. Certo è che il regime delineato dalla decisione 391/1996 non ha soddisfatto le grandi aspettative suscitate negli Stati membri, convinti di conseguire in tempi relativamente brevi cospicui vantaggi economici dallo sfruttamento della loro "miniera genetica".

Occorre altresì rilevare che, nei rari casi in cui il meccanismo di accesso ha condotto alla stipulazione di contratti di accesso in Venezuela, Colombia e Bolivia, la decisione 391/1996 non è stata applicata nei suoi aspetti maggiormente innovativi. Da un lato gli interessi degli altri Stati membri non sono stati presi adeguatamente in considerazione nella negoziazione dei contratti di accesso, in modo da garantire loro un trasferimento di risorse e di tecnologie. D'altro lato, i diritti collettivi dei popoli indigeni sulle proprie conoscenze tradizionali non sono stati sempre sufficientemente salvaguardati. E' noto, al riguardo, almeno un caso in un cui una campagna di bioprospezione è stata autorizzata sulle terre ancestrali di un popolo indigeno, senza che i rappresentanti di quest'ultimo fossero stati consultati o avessero concluso un contratto con i bioprospettori, come previsto dall'art. 35 della decisione. Si tratta del contratto di accesso concluso nel 1999 dal Venezuela con un'università svizzera, relativo ad una campagna di bioprospezione da condursi sui territori del popolo *Yanomami*: per quanto il contratto di accesso assicurasse agli *Yanomami* dei trasferimenti monetari sotto forma di *royalties*, i loro rappresentanti non erano stati coinvolti nel negoziato e non avevano concluso alcun accordo con l'ente svizzero⁴⁰.

³⁹ C. ROA RODRÍGUEZ, *Acceso a recursos agrobiotecnológicos en el área Andina: un asunto de gobernanca y derechos de propiedad*, in http://www.ciat.cgiar.org/training/pdf/2007_10_08_C_Roa.pdf, p. 12.

⁴⁰ Cfr. S. BIBER-KLEMM, *Legal Protection of Genetic Information and Related Traditional Knowledge*, in <http://www.snf.ch/NFP/nfp42/synthese/29Biber-Klemmsynthesis42.pdf>, p. 6 s.

4. La Comunità andina come laboratorio normativo: insegnamenti in vista dell'istituzione di un regime internazionale in tema di accesso alle risorse genetiche e di ripartizione dei benefici.

Come si è anticipato, il regime andino è stato visto con interesse da moltiorganizzazioni internazionali regionali. In particolare, normative ad esso ispirate sono state adottate, oppure sono attualmente in fase di discussione, all'interno dell'ASEAN, dell'Organizzazione degli Stati centroamericani e della SAARC⁴¹. Ma soprattutto, le decisioni 391/1996 e 486/2000 sono state proposte come modello per la creazione di un regime internazionale di accesso alle risorse genetiche e alle conoscenze tradizionali associate nel corso dei negoziati internazionali svoltisi negli ultimi anni nel quadro della Conferenza alle Parti alla Convenzione sulla biodiversità, della WIPO, del Consiglio TRIPS dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Dopo il fallimento di proposte più ambiziose, appare ormai chiaro che il regime internazionale avrà un contenuto molto simile a quello delineato dalla decisione 391/1996, limitandosi a coordinare e ad armonizzare in misura limitata le normative nazionali in tema di *access and benefit sharing*. Opinioni assai divergenti sussistono ancora fra gli Stati in merito all'estensione del regime di accesso, non essendo stato possibile sciogliere definitivamente il nodo gordiano dei c.d. prodotti derivati. Nonostante le pressioni di molti Paesi in via di sviluppo, un gruppo influente di Stati vorrebbe restringere l'ambito di applicazione del regime internazionale alle risorse genetiche *stricto sensu*⁴². Questa scelta ridurrebbe di grande misura l'impatto del regime internazionale, soprattutto con riguardo alle ripercussioni sulla tutela dei diritti dei popoli indigeni. La vicenda del *maca*, così come la maggior parte delle domande presentate alle autorità nazionali competenti degli Stati membri della Comunità andina, ben testimoniano dell'interesse suscitato dalle farmacopee tradizionali e sciamaniche in vista di uno sfruttamento industriale che non implica propriamente un accesso alle risorse genetiche. Il regime che si sta delineando sul piano multilaterale pare inoltre meno avanzato di quello stabilito dalla decisione 391/1996, nella misura in cui non esclude dal meccanismo di autorizzazione gestito dagli Stati il trasferimento di campioni biologici e di conoscenze associate realizzato da popoli indigeni e comunità locali *inter se*, secondo gli usi tradizionali⁴³.

Uno dei risultati principali del futuro regime internazionale dovrebbe essere il rila-

⁴¹ Puntuali riferimenti sul punto in K. KARIYAWASAM, *Access to Biological Resources and Benefit-Sharing: Exploring a Regional Mechanism to Implement the Convention on Biological Diversity (CBD) in SAARC Countries*, in *European Intellectual Property Review*, 2007, p. 325 ss.

⁴² Cfr., ad esempio., la decisione VIII/4 dell'VIII Conferenza delle Parti e il doc. UNEP/CBD/COP/9/6 del 31 gennaio 2008, dove le parole "derivatives and products" in collegamento con le "genetic resources" compaiono ancora fra parentesi quadre.

⁴³ Cfr. la decisione 391/1996, art. 4, lett. b).

scio da parte delle autorità competenti di ciascuno Stato di un *certificato di origine internazionalmente riconosciuto* che attesti il rispetto delle normative nazionali in materia di accesso e ripartizione dei benefici⁴⁴. In vista di una efficace salvaguardia dei diritti dei popoli indigeni, sarebbe decisamente auspicabile che tutte le volte in cui le campagne di bioprospezione avessero ad oggetto risorse cui sono associate conoscenze tradizionali, al certificato venisse allegato un contratto di ripartizione dei benefici con le comunità detentrici. A questa soluzione – accolta come si è visto dalla decisione 486/2000 – si oppongono peraltro molti Paesi in via di sviluppo, ad avviso dei quali il riconoscimento del principio del previo consenso informato dei popoli indigeni implicherebbe un'eccessiva compressione dei diritti sovrani degli Stati sulle risorse genetiche del proprio territorio.

Se dal regime stabilito nel 1996 dal Patto andino possono trarsi ancora oggi utili spunti, le difficoltà connesse al suo funzionamento costituiscono un *caveat* che dovrebbe mettere in guardia i negoziatori contro i rischi di incertezza giuridica connessi all'inesatta esecuzione ad opera dei legislatori e degli apparati amministrativi nazionali del futuro regime internazionale. Un'assistenza tecnica, adeguatamente finanziata, da parte del Segretariato della Convenzione sulla biodiversità sembra essere indispensabile per far sì che la nuova disciplina non resti, come taluni articoli della decisione 391/1996, lettera morta.

Il corretto funzionamento del regime presuppone inoltre l'instaurazione di un legame, sia sul piano sostanziale sia su quello procedurale, fra le normative in materia di accesso e quelle poste a tutela delle conoscenze tradizionali. La scelta della WIPO come sede istituzionale per la negoziazione di un trattato multilaterale sulla protezione delle conoscenze tradizionali, mentre apporta un prezioso contributo tecnico-scientifico, rischia di dare luogo ad una frammentazione del regime internazionale di accesso, riproducendo sul piano multilaterale errori già sperimentati.

Esiste ormai un ampio consenso sul fatto che il coordinamento fra regime di accesso alle risorse genetiche e normative brevettuali dovrebbe passare, necessariamente, attraverso un emendamento dell'Accordo TRIPS⁴⁵. Secondo la proposta attualmente in esame, di cui i Paesi dell'America Latina sono stati i principali promotori, gli Stati membri dell'OMC dovrebbero modificare le proprie normative, introducendo a carico dei richiedenti brevetti l'obbligo di «provide information including evidence of compliance with the applicable legal requirements in the providing country for prior informed consent for access and fair and equitable benefit-sharing arising from the commercial or other utilization of such resources and/or associated traditional knowledge»⁴⁶. E' inutile dire che il

⁴⁴ Cfr. il doc. UNEP/CBD/WG-ABS/5/7 del 20 febbraio 2007.

⁴⁵ Sul punto v. A. DI BLASE, *I diritti di proprietà intellettuale applicabili alla cultura indigena e tradizionale*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2008, p. 543 ss.

⁴⁶ Progetto di articolo 29 bis, par. 2 (comunicazione presentata il 5 luglio 2006 da Brasile, Cina, Colombia, Cuba, India, Pakistan, Perù, Thailandia e Tanzania, doc. IP/C/W/474).

contenuto dell'emendamento dipenderà in larga misura dall'esito del negoziato in seno alla Conferenza delle Parti alla Convenzione di Rio. La soluzione più razionale sarebbe indubbiamente quella di prevedere, sulla falsariga della decisione 486/2000, che le domande di brevetto siano corredate da un certificato standardizzato (per gli Stati partecipanti al regime multilaterale si tratterebbe del *certificato di origine internazionalmente riconosciuto*). L'obbligo di presentare la documentazione idonea a dimostrare il rispetto delle legislazioni degli Stati di origine delle risorse (biologiche e) genetiche dovrebbe sussistere, beninteso, in relazione a tutte le risorse in questione e non soltanto a quelle provenienti da una specifica area geografica, come previsto dal regime andino e dalle normative nazionali ad esso ispirate⁴⁷.

Se gli ultimi mesi hanno visto la formazione in seno all'OMC di una maggioranza favorevole all'emendamento dell'Accordo TRIPS, molte incertezze permangono in ordine all'esatta portata di siffatto emendamento. Ad esempio, molti Paesi industrializzati reputano sufficiente l'introduzione dell'obbligo di rivelare il Paese di origine delle risorse ed eventualmente le conoscenze tradizionali utilizzate, senza richiedere la presentazione di alcuna documentazione aggiuntiva. Il fronte dei Paesi industrializzati si oppone altresì a che la violazione di obblighi di *disclosure* possa determinare l'invalidità dei brevetti e propone, come alternativa, l'introduzione di sanzioni di tipo amministrativo o civilistico. Tenuto conto degli ingenti interessi economici associati alla titolarità di molti brevetti nel settore delle scienze della vita, non sembra che la prospettiva di sanzioni civilistiche o amministrative possa produrre sufficienti effetti deterrenti e indurre ad una spontanea osservanza degli obblighi di *disclosure*. Sembrerebbe poi francamente incongruo stabilire un regime internazionale che permetta alle persone responsabili di atti di "biorazzia" e di "biopirateria" di godere dei benefici derivanti dalla titolarità di brevetti a danno tanto dei Paesi di origine delle risorse, quanto dei popoli indigeni detentori di conoscenze tradizionali.

5. Considerazioni finali.

Concludendo e riassumendo, l'esperienza ultra-decennale relativa all'applicazione della decisione 391/1996 della Comunità andina offre utili insegnamenti per l'elaborazione di un regime internazionale di accesso alle risorse (biologiche e) genetiche. Ci insegna, in particolare, che il successo del regime nella tutela e nella promozione dei diritti dei popoli indigeni dipenderà in larga misura dal coordinamento con le normative sulla protezione delle conoscenze tradizionali, dall'inclusione nel suo ambito di applicazione dei c.d. prodotti derivati, dall'instaurazione di una cooperazione tecnica a favore dei Paesi non industrializzati.

⁴⁷ Cfr. la legge del Costa Rica (*Ley de biodiversidad* n. 7788) del 23 aprile 1998, cap. V, la quale prevede obblighi di *disclosure* soltanto in relazione alle risorse genetiche e biochimiche di origine nazionale e alle conoscenze associate.

Sul piano regionale, la previsione di obblighi di *disclosure* si è rivelata efficace nell'impedire l'attribuzione di diritti di esclusiva su invenzioni realizzate contravvenendo alle normative nazionali in materia di *access and benefit sharing*. Soltanto l'introduzione di tali obblighi negli ordinamenti dei principali Stati industrializzati, dove ha luogo in grande misura lo sfruttamento economico delle invenzioni nel settore farmaceutico e biotecnologico, potrà tuttavia assicurare l'effettivo rispetto delle normative dei Paesi di origine, contribuendo all'instaurazione di un regime trasparente e credibile.

L'eventuale entrata in vigore di un regime internazionale nel quadro della Convenzione sulla biodiversità non farà venire meno l'esigenza, nei prossimi anni, di iniziative normative promosse su base regionale da Stati che condividono buona parte delle risorse genetiche e sul cui territorio vivono comunità detentrici di conoscenze comuni. Sotto questo profilo, il funzionamento non soddisfacente del regime andino pone in evidenza la necessità a livello politico di adottare misure innovative che riescano a garantire l'effettiva presa in considerazione, all'interno di ciascun ordinamento, degli interessi degli Stati confinanti o limitrofi e dei popoli indigeni in essi stanziati.

PARTE I

ASPETTI GIURIDICI

1.2 La protezione dei popoli indigeni negli ordinamenti interni

IL RICONOSCIMENTO DELLA *INDIGENOUS DIFFERENCE* NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE CANADESE

Eleonora Ceccherini*

SOMMARIO: 1. La costituzionalizzazione dei diritti dei popoli aborigeni in Canada. - 2. Politiche di integrazione v. politiche di riconoscimento delle differenze. - 3. Tipologia dei diritti delle popolazioni indigene: i diritti esistenti prodotti dalla tradizione. - 3.1 L'individuazione degli *existing rights*. - 3.2. I diritti derivanti dai trattati. - 3.3. La natura giuridica dei trattati: accordo politico, trattato internazionale o procedura democratica. - 4. I criteri interpretativi dei diritti degli aborigeni. - 5. Problematica relativa al riconoscimento dei diritti degli autoctoni. - 5.1 Riconoscimento delle differenze e principio di eguaglianza. - 5.2 Principio di eguaglianza e giustizia penale. - 5.3 Pluralismo istituzionale, identitarismo autoctono e diritti individuali.

1. *La costituzionalizzazione dei diritti dei popoli aborigeni in Canada.*

Negli Stati che conoscono all'interno dei propri confini l'esistenza di popolazioni indigene identificate etnicamente e territorialmente, recentemente si è assistito al consolidamento di una tendenza favorevole a un riconoscimento formale dei diritti delle popolazioni aborigene¹. Gli esempi in tal senso sono numerosissimi², fra i quali spicca quello del-

* Professore associato di diritto pubblico comparato, Università di Siena.

Il testo, seppur aggiornato e modificato, riproduce essenzialmente un precedente contributo dell'autore: *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, apparso in G. ROLLA (cur.), *Eguali, ma diversi*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58 ss.

¹ Questo riconoscimento può essere compiuto attraverso una pluralità di strumenti, i quali possono offrire una tutela qualitativamente diversificata ai gruppi presenti sul territorio. Anche i trattati internazionali, imponendo obblighi e doveri alle nazioni firmatarie, talvolta, propongono il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti tradizionali di un'etnia. E' il caso del trattato di *Torres Strait*, fra Australia e Papua Nuova Guinea, che, oltre a stabilire i confini di una zona protetta di pesca, impone di salvaguardare lo stile di vita degli abitanti della regione e la loro allocazione delle risorse peschiere, v. S. B. KAYE, *The Torres Strait Islands: Constitutional and Sovereignty Questions Post-Mabo*, in *Univ. Queensland Law Journal*, 18, 1994, p. 32 ss.

² Fra questi significativo è l'esempio dell'art. 110a) della Costituzione della Norvegia che stabilisce che: «It is the responsibility of the authorities of the State to create conditions enabling the Sami people to preserve and develop its language, culture and way of life». E ancora, la Costituzione dell'Ecuador (articoli 83-85) che parla espressamente di diritti collettivi riconosciuti ai popoli indigeni, che si autodefiniscono nazionalità di razze ancestrali. Inoltre, lo stesso documento procede a una nutrita esemplificazione dei diritti collettivi riconosciuti e garantiti, fra i quali il diritto a mantenere, sviluppare e rafforzare la propria identità e tradizioni nel campo spirituale, culturale, linguistico, sociale, politico ed

l'ordinamento canadese con la Carta dei diritti e delle libertà del Canada del 1982 e del *Constitution Act* dello stesso anno.

Il testo dell'art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà stabilisce espressamente che «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

E ancora, l'art. 35, par. 1, del *Constitution Act* dispone che «I diritti esistenti, ancestrali o derivati dai trattati, dei popoli autoctoni del Canada sono riconosciuti e convalidati», mentre l'art. 35, par. 2, del *Constitution Act* definisce che per popolazioni aborigene si devono intendere gli Indiani, gli *Inuit* e i *Métis*.

Il risultato testuale della Carta dei diritti e delle libertà - introdotta con l'intento di creare una base di diritti comuni per tutti i cittadini canadesi da costa a costa - manifesta l'esigenza di non occultare il pluralismo culturale ed etnico del paese³. Per quanto concer-

economico, il diritto allo sfruttamento delle risorse naturali del territorio occupato, il diritto a conservare, sviluppare e amministrare il proprio patrimonio culturale e storico, il diritto a mantenere sistemi, conoscenze e pratiche della medicina tradizionale, incluso il diritto alla protezione dei luoghi sacri, delle piante, degli animali, dei minerali e degli ecosistemi di interesse vitale per i sistemi di medicina tradizionale. A sua volta, l'art. 4 della Costituzione messicana, riconoscendo la composizione pluriculturale della società, attribuisce alla legge il compito di proteggere e promuovere lo sviluppo delle lingue, culture, usi, costumi, risorse e forme specifiche di organizzazione sociale delle popolazioni indigene. E ancora, in Argentina, gli emendamenti approvati alla Costituzione del 1994 riconoscono all'art. 75, par. 17, la preesistenza etnica e culturale delle comunità degli indigeni. In questo contesto generale può essere segnalata la Costituzione dell'Estonia (art. 50) che prevede la creazione di istituzioni di autogoverno per le minoranze etniche. Per quanto riguarda il continente africano, uno specifico, anche se spesso generico, riconoscimento costituzionale ai diritti dei gruppi si trova in molti testi, fra cui: Congo (1992) art. 35 e 50; Benin (1990) art. 11; Niger (1996) art. 3; Burundi (1992) art. 8; Gabon (1994) art. 2; Mauritania (1991) art. 6; Senegal (1992) art. 1; Guinea Equatoriale (1991) art. 4; Guinea (1990) art. 1; Ghana (1992) art. 39.

³ Preme rilevare che l'art. 27 della Carta dei diritti e delle libertà espressamente stabilisce che: «Questa Carta sarà interpretata coerentemente all'obiettivo di promuovere la preservazione e la valorizzazione del patrimonio multiculturale dei canadesi». Sul punto si vedano G. ROLLA, *The Two Souls of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *Int'l J. Can. St.*, 36, 2007, p. 317 ss.; N. OLIVETTI RASON, *Il patrimonio culturale dei canadesi. Profili costituzionali*, in G. ROLLA (a cura di), *I valori di una società libera e democratica*, Milano, 2008 (in corso di stampa); G. ROLLA, *The Protection of Multiculturalism: From the Canadian Charter of Rights and Freedoms to European Constitution*, in P. ANCTIL, Z. BERND (eds.) *Canada: From the Outside In*, Bruxelles, 2006, p. 155 ss.; N. OLIVERAS JANÉ, *El multiculturalismo*, in E. MITJANS, J. M. CASTELLÀ (a cura di), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*, Barcelona, 2001, p. 243 ss.; D. SANDERS, *Article 27 and the Aboriginal People's of Canada*, in Canadian Human Rights Foundation (ed.), *Multiculturalism and the Charter: A Legal Perspective*, Toronto, 1987, p. 155 ss. Sul carattere unificante della Carta si veda A. RUIZ ROBLEDO, *Los derechos fundamentales en el federalismo canadiense*, in *Revista vasca de administración pública*, 49, 1997, p. 226 ss.

ne lo *status* delle popolazioni autoctone, la vigente formulazione della Carta fu il risultato di una serie di negoziati con il Governo federale, le Province e le associazioni rappresentanti le *First Nations*, protrattesi per molti anni.

Come è noto l'approvazione del catalogo dei diritti canadese costituì il coronamento del progetto politico del Primo Ministro, Pierre Trudeau, che era basato sull'introduzione di nuove formule emendative del *British North America Act*, la *patriation*, in base alla quale gli atti normativi britannici avrebbero cessato di avere efficacia sul suolo d'oltreatlantico e una Carta dei diritti con le caratteristiche della rigidità costituzionale e che avrebbe definitivamente plasmato il significato della cittadinanza canadese. L'iter di perfezionamento di questo processo fu abbastanza lungo e, soprattutto, molto complesso e articolato.

In via generale, gli oppositori ai disegni politici di Trudeau erano rappresentati dalle Province, le quali temevano che l'accoglimento del principio della rigidità costituzionale avrebbe spostato il baricentro istituzionale dagli organi di rappresentanza democratica a quelli giudiziari, che non potevano vantare un'analoga legittimazione. Più specificamente, i loro timori riguardavano la possibilità di un annullamento giudiziario delle loro politiche perché in contrasto con le disposizioni della Carta⁴. Queste prese di posizione, seppur nette, non furono in grado di ostacolare il processo costituente che, infatti, si concluse nel 1982 con il raggiungimento degli obiettivi prefigurati da Trudeau, seppure al costo di alcuni compromessi⁵.

Fra gli elementi controversi, vi fu anche la questione della codificazione dei diritti delle popolazioni aborigene.

In un primo momento, il Primo Ministro non aveva prefigurato l'ipotesi di un riconoscimento costituzionale, in quanto non era favorevole all'idea dell'accoglimento di ambiti di tutela di gruppi identitari. Il *Premier* era fortemente impregnato dell'ideologia liberale e pertanto riteneva non necessario garantire delle situazioni giuridiche soggettive "speciali" a delle persone in virtù della loro appartenenza etnica, razziale, linguistica; era fortemente convinto che la protezione dei diritti dovesse essere di tipo individuale. Tuttavia, questo suo orientamento fu messo in crisi da alcuni elementi. In primo luogo, nel 1972, la relazione dei lavori del *Parliamentary Joint Committee*, presieduto dal deputato Mark Guigan e dal senatore Gildas Molgat, che aveva il compito di riesaminare gli aspetti più controversi del progetto di Costituzione, mise in luce la necessità - qualora si fosse provveduto all'introduzione di un catalogo dei diritti - di tenere conto delle rivendicazioni

⁴ Sul punto si veda E. CECCHERINI, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e la salvaguardia delle competenze provinciali*, in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, p. 41 ss.

⁵ Sul processo di adozione della Carta, si veda P. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, Toronto, 1993; E. CECCHERINI, *Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe*, in G. ROLLA (a cura di), *I valori di una società*, cit.

dei popoli autoctoni considerandoli come comunità piuttosto che come singoli individui e di non procedere a riforme costituzionali che li coinvolgessero fino a quando non fossero completati e approfonditi degli studi⁶. Ciò convinse Trudeau a modificare la sua strategia e il Governo accettò di procedere a delle negoziazioni con le popolazioni indigene a proposito dei diritti tradizionali all'uso e all'occupazione della terra, qualora questi non fossero stati estinti da un trattato o sospesi con legge. Le Province si opposero a questa introduzione in quanto temevano che il riconoscimento di diritti allo sfruttamento delle terre occupate dagli Indigeni comportasse un depotenziamento delle loro competenze soprattutto in ordine allo sfruttamento economico delle stesse. Al termine di una prima fase di negoziazioni, nel disegno di legge presentato nel 1980 al *Joint Committee*, incaricato di redigere un testo finale per l'approvazione dell'aula, comparì una disposizione, l'art. 24, che stabiliva il riconoscimento dei diritti delle popolazioni aborigene. La versione iniziale recitava: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada, including any rights or freedoms that pertain to the native peoples of Canada."

Il dibattito nel Comitato coinvolse anche l'opportunità di un espresso riferimento ai diritti delle popolazioni aborigene, poiché alcuni rappresentanti indiani ritenevano che la Carta dei diritti non fosse la sede idonea per il riconoscimento e la tutela delle loro rivendicazioni, in quanto i loro rapporti storicamente, dopo l'arrivo degli europei, erano sempre stati con il Regno Unito e non direttamente con le autorità canadesi. Pertanto, si dichiararono sfavorevoli anche all'ipotesi della *patriation*⁷.

Inoltre, le donne aborigene non si dimostrarono particolarmente sensibili nei confronti della possibilità di riconoscere i diritti tradizionali degli indiani, in quanto temevano che una loro costituzionalizzazione avrebbe potuto perpetuare situazioni di discriminazione anche in presenza dell'art. 15 sul principio di eguaglianza, poiché la disposizione sui diritti dei nativi costituiva una norma speciale rispetto a quella generale⁸.

Comunque, la maggior parte delle associazioni di tutela degli autoctoni (ma anche gran parte dell'associazionismo non indigeno⁹) espressero il consenso relativamente alla costituzionalizzazione dei loro diritti, svolgendo, però, alcune critiche e portando alcuni suggerimenti che, in parte furono accolti.

In primo luogo, si rivendicava una piena partecipazione degli aborigeni al processo

⁶ P. RUSSEL, *Constitutional Odyssey*, cit., p. 94.

⁷ Fra gli altri, si veda la posizione dell'*Union of Nova Scotia Indians*.

⁸ In particolare si può vedere la posizione del *National Action Committee on the Status of Women*, che citava gli esiti "discriminatori" delle sentenze *Lavel e Berard* e della *Canadian Bar Association* che affermava: «There be a special constitutional provisions for native peoples incorporated in any revision of the Constitution of Canada and that such a special provision include recognition of the rights of women to native status on the same basic terms as men».

⁹ Fra cui il *Canadian Council on Social Development*, il *Canadian Polish Congress*, la *Canadian Federation of Civil Liberties*, la *United Church of Canada*, il *Canadian Consultative Council on Multiculturalism*.

costituente in atto, visto che in passato il rapporto con i bianchi era stato conflittuale e di aperta sopraffazione. Esplicitamente si rifiutava la posizione di “*observers*” nei dibattimenti per reclamare una pari dignità con i due popoli fondatori. Il Presidente del *Native Council of Canada*, Harry Daniels, sostenne di fronte al Comitato, il 2 dicembre del 1980: «For us, such a commitment entails a process of joint negotiations with government, premised on the recognition of our special status as aboriginal peoples and conducted in a spirit of good faith. (...) The full participation of native peoples constitutes, in our view, substantial recognition of the special place occupied by Métis and nonstatus Indians and by the status Indians and the Inuit». In sostanza, i Nativi rifiutavano l’assimilazione delle loro posizioni rispetto a quelle degli altri gruppi di pressione che si erano presentati davanti dal Comitato e in più occasioni si definirono *Nations*, e reclamarono per questo, se non l’autodeterminazione¹⁰ quanto meno un certo livello di *self-government*.

Tale questione recava con sé un’altra conseguenza e cioè la richiesta dei popoli aborigeni di partecipare alla procedure di revisione costituzionale. L’esecutivo condivise questa prospettiva e appoggiò un emendamento in cui si aggiungeva un articolo (art. 35, par. 2, del disegno di legge) in cui il Governo si impegnava a convocare i rappresentanti delle popolazioni indigene qualora una conferenza costituzionale avesse all’ordine del giorno questioni inerenti la disciplina dei loro diritti.

In terzo luogo, la formulazione comparsa nel testo del Comitato risultava insoddisfacente, in quanto si faceva riferimento alla tutela dei diritti e alle libertà che appartengono ai popoli nativi¹¹. Il testo sembrava eccessivamente vago, non a caso il titolo dell’articolo era: *undeclared rights* e si esprimeva il timore che la non specificazione potesse sottoporre gli Indiani a una *probatio diabolica*, in cui l’onere della prova ricadesse interamente nella competenza dei ricorrenti¹², con l’esito di appannare le differenziazioni fra le situazioni giuridiche degli Indigeni e quelle del resto dei cittadini canadesi¹³.

In quarto luogo, alcune associazioni indigene ritenevano che il testo non ricomprenesse i diritti dei trattati, che le tribù avevano stipulato con i rappresentanti canadesi e che, invece, avrebbero dovuto essere riconosciuti nel nuovo testo costituzionale¹⁴. Inoltre, non

¹⁰ Anche se la *Federation of Saskatchewan Indians* reclamava proprio l’autodeterminazione sulla base di quanto era stabilito dalle Nazioni Unite.

¹¹ Il testo recitava all’art. 24: «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada, including any rights or freedoms that pertain to the native peoples of Canada».

¹² In questo senso, si esprime la *Indian Association of Alberta* che, per bocca dei suoi rappresentanti, affermò: «We are not willing that our future, and our heritage should be at the mercy and benevolence of the Canadian Parliamentary and arbitrarily administered through the bureaucratic department of Indian Affairs and the restrictive Indian Act».

¹³ In particolare, su questo si vedano il *Native Council of Canada* ma anche la *National Indian Brotherhood*.

¹⁴ A questo proposito, Nicholas Graydon, Presidente dell’*Union des Indiens du Nouveau Brunswick* disse davanti al Comitato: «The treaties are not like contracts and agreements. They are solemn commitments and obligations on both sides, a sacred covenant».

risultava soddisfacente l'espressione "Native" perché la maggior parte delle associazioni intervenute nel Comitato ritenevano più corretto parlare di *indigenous* o *aboriginal peoples*, in modo da potervi ricomprendere, oltre che gli Indiani e gli Inuit, i Métis. Anche questa suggestione – come la precedente - fu accolta dal Comitato che votò un emendamento che stabiliva: «The aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. In this Act aboriginal peoples of Canada include the Indian, Inuit e Métis», anche se queste disposizioni ricadevano nel *Constitution Act* e non nella Carta dei diritti e delle libertà.

Infine, i rappresentanti delle popolazioni indigene volevano che fossero incluse nella Carta alcune fonti disciplinanti i rapporti fra i colonizzatori e gli autoctoni fra cui la *Royal Proclamation* del 1763, ritenuta la «cornerstone of constitutional recognition of native rights» e «the first confirmation of thier special status within North America»¹⁵.

Il pluralismo delle posizioni degli aborigeni trovò una sintesi in un emendamento sostenuto fortemente dalla *Métis and Nonstatus Federation*, l'*Inuit Tapirisat* e la *National Indian Brotherhood*, che recitava: «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

b) any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement».

Il testo votato dal Comitato accolse molte proposte avanzate dalle associazioni di tutela dei diritti, anche se soluzioni più avanzate erano state ritenute assolutamente irricevibili, come ad esempio, la richiesta del riconoscimento dell'autogoverno nei territori storicamente occupati dalle tribù e della rappresentanza indigena in alcuni organi come Parlamento e Corte suprema.

Le integrazioni operate all'interno del Comitato furono ratificate dall'aula ma in una nuova tornata di incontri con le Province, nel novembre del 1981, nella Conferenza di Ottawa, il Governo decise di stralciare le norme sulle popolazioni autoctone, al fine di ottenere il consenso delle Province sull'intero progetto di riforma costituzionale.

Tuttavia, la nuova formulazione suscitò aspre polemiche nella società civile e causò la mobilitazione dei gruppi di interessi che avevano partecipato alle audizioni davanti al Comitato congiunto. Le associazioni in difesa dei diritti degli aborigeni protestarono con particolare vigore e questo spinse le Province ad acconsentire a reintrodurre le disposizio-

¹⁵ Queste erano le parole del Presidente del *Native Council of Canada*, Harry Daniels.

ni riguardanti i diritti delle popolazioni aborigene, seppur con qualche modifica¹⁶. Infatti, il testo iniziale recitava che i diritti sanciti nella Carta non avrebbero potuto derogare “any rights or freedoms that may be acquired by the aboriginal peoples of Canada by way of land claims settlement”, mentre la versione finale fu modificata in questo senso: “any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired”. Il mutamento - che richiamava la situazione attuale - serviva a circoscrivere l’auto-governo aborigeno ai soli territori attualmente occupati dalle comunità indigene e non a estenderlo a quelli controllati nel passato.

Inoltre, per quanto concerne la partecipazione degli aborigeni alle procedure di revisione costituzionale, la norma fu reintrodotta, disponendo l’obbligo, a un anno dall’entrata in vigore della Costituzione, della convocazione di una conferenza costituzionale, il cui ordine del giorno doveva ricomprendere le questioni inerenti alle popolazioni aborigene (art. 37).

In ossequio a quest’ultimo disposto del *Constitution Act* nel 1983 fu convocata una conferenza costituzionale, a cui parteciparono, oltre ai *Premiers* federale e provinciali, anche i rappresentanti delle popolazioni aborigene. Gli esiti dell’incontro condussero all’emendamento dell’art. 35, che introdusse l’obbligo di convocazione di conferenze costituzionali, con la partecipazione dei popoli autoctoni, qualora un progetto di riforma costituzionale avesse avuto come oggetto la revisione dell’art. 94, par. 24, del *British North America Act*¹⁷, l’art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà o l’art. 35 del *Constitution Act*¹⁸.

L’art. 37, par. 1, aveva previsto la convocazione di altre tre conferenze, che effettivamente ebbero luogo nel 1984, 1985 e 1987. Il fatto che questi incontri non sortirono alcun risultato concreto rispetto alla questione degli aborigeni, non ridimensiona la portata simbolica degli eventi, che, comunque rappresentarono un’occasione di dialogo e confronto fra le varie componenti¹⁹.

Successivamente, furono presentati due ulteriori progetti di riforma costituzionale: gli accordi di Meech Lake (1987) e Charlottetown (1992), che, però – come è noto – non furono mai definitivamente approvati. Nel primo, il tema dei diritti degli autoctoni rimase in ombra, mentre il peso delle popolazioni autoctone fu molto più rilevante negli accordi di Charlottetown. Questi ultimi prevedevano, infatti, il riconoscimento dell’*inherent right*

¹⁶ G. ERASMUS, J. SANDERS, *Canadian History: An Aboriginal Perspective*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation. Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002, p. 9; E. CECCHERINI, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982*, cit, p. 41 ss.

¹⁷ L’articolo stabiliva che la materia degli Indiani e delle terre loro riservate era di competenza dello Satto federale.

¹⁸ N. K. ZLOTKIN, *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*, Kingston, 1983.

¹⁹ L’art. 54 della Carta dei diritti e delle libertà stabiliva che l’art. 37 doveva essere abrogato dopo un anno dall’entrata in vigore della Carta (cosa che avvenne il 17 aprile 1983); mentre l’art. 37, par. 1, che era stato introdotto con il *Constitution Amendment Proclamation* del 1983, fu abrogato il 18 aprile 1987 dall’art. 54, par. 1, della Carta dei diritti e delle libertà.

all'autogoverno delle popolazioni indigene e il rafforzamento delle procedure per la negoziazione dei trattati.

In particolare, si voleva aggiungere un ulteriore paragrafo all'art. 35, che disponeva: «E' previsto che l'esercizio del diritto identificato al par. 1 comporti segnatamente il potere, per i corpi legislativi debitamente costituiti da parte dei popoli autoctoni, ciascuno nel loro ambito di competenze: a) di preservare e di sviluppare le loro lingue, culture, economie, identità, istituzioni e tradizioni; b) di sviluppare, mantenere e rafforzare i loro legami con le loro terre, le loro acque e il loro ambiente, affinché tali popoli possano dirigere e governare il loro sviluppo in quanto tali, conformemente ai loro valori e alle loro gerarchie di priorità, e assicurare l'integrità della loro società»²⁰. Inoltre, l'Accordo prevedeva una disposizione in base alla quale il potere giudiziario dovesse interpretare il *Constitution Act* in conformità al fatto che le comunità autoctone dovessero preservare le loro culture. Infine, si disponeva che, ferma la libertà di circolazione e stabilimento, il livello istituzionale aborigeno avrebbero potuto adottare norme finalizzate a proteggere e a promuovere le lingue e le culture autoctone. In sostanza, si proponeva che la Carta dei diritti e delle libertà non potesse essere invocata contro misure che avevano l'obiettivo di salvaguardare e promuovere le culture autoctone. Tuttavia, come è noto, gli accordi di Charlottetown non furono approvati e, quindi, la codificazione costituzionale sulle popolazioni aborigene è rimasta immutata.

2. Politiche di integrazione v. politiche di riconoscimento delle differenze.

Nel 1982, con l'approvazione del *Constitution Act* e della Carta dei diritti e delle libertà, tramontò definitivamente l'idea che la popolazione aborigena potesse essere incorporata e amalgamata nell'ordinamento canadese; al contrario gli artt. 25 della Carta e 35

²⁰ Testo riprodotto in G. OTIS, *Le libertà*, in AA. VV., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, 1997, p. 229 ss. Si vedano inoltre K. BRÖCK, *Finding Answers in Difference: Canadian and American Aboriginal Policy Compared*, in D. M. THOMAS (ed.), *Canada and the United States: Differences that Count*. Toronto, 2000, p. 346 ss.; J. MORIN, J. WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, 1994, p. 441 ss.; O. MERCREDI, M. E. TURPEL, *In the Rapids: Navigating the Future of First Nations*, Toronto, 1993; S. DELACOURT, *United We Fall: The Crisis of Democracy in Canada*, Toronto, 1993; M. TURPEL, *The Charlottetown Discord and Aboriginal Peoples' Struggle for Fundamental Political Change*, in K. MCROBERTS, P. J. MONAHAN (eds.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, 1993, p. 117 ss.; P. COMEAU, A. SANTIN, *The First Canadians: A Profile of Canada's Native People Today*, Toronto, 1990; T. HALL, *What are we? Chopped Liver? Aboriginal Affairs in the Constitutional Politics of Canada in the 1980's*, in M. BEHIELS (ed.), *The Meech Lake Primer: Conflicting Views*, Ottawa, 1990. Più in generale sui temi relativi ai tentativi di riforma costituzionale in Canada: G. GERBASI, *Le procedure di revisione costituzionale*, in *Amministrare*, 1-2, 2002, p. 181 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Intorno alle minoranze*, Torino, 2002, p. 151 s.; T. GROPPI, *Federalismo e Costituzione*, Milano, 2001, p. 177 ss.; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, 1992; P. J. MONAHAN, *Meech Lake: The Inside Story*, Toronto, 1991; N. OLIVETTI RASON, *Canada, 1982-1992: come non si modifica la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, p. 325 ss.; J. R. HURLEY, *Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects*, Ottawa, 1996; B. PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, 1996; E. MITJANS PERELLÓ, *De la patriación al referendum: el desacuerdo constitucional*, in E. MITJANS, J. M. CASTELLÀ (a cura di), *Canadá. Introducción al sistema*, cit., p. 57 ss.

del *Constitution Act*, espressamente riconobbero l'esistenza e la necessità di salvaguardare le specificità delle comunità indiane.

Tale orientamento fu accolto e ribadito dalla *Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP)²¹, la quale si espresse con le seguenti parole a proposito delle popolazioni aborigene: “they are political and cultural groups with values and lifeways distinct from these of other Canadians”²². Anzi, la Commissione espressamente affermò che i tentativi di assimilazione erano stati disastrosi nel passato e che dovevano assolutamente cessare.

Eppure la politica di forte integrazione era stata assolutamente prevalente fino a quel momento e può essere brevemente sintetizzata attraverso alcuni eventi: il fenomeno delle *residential schools*, istituti scolastici in cui i minori appartenenti alle popolazioni aborigene, dopo essere stati sottratti alle famiglie erano obbligati a risiedere, al fine di acquisire lingua e cultura dei *non-Aboriginal peoples*²³; la “*Gradual Civilization of the Indian Tribes*” Act del 1857²⁴; l'adozione del *British North America Act* nel 1867 che, all'art. 94, par. 24, individua nella Federazione il livello istituzionale competente a disciplinare le questioni riguardanti gli Indiani e le loro riserve, escludendo di fatto qualsiasi partecipazione dei popoli autoctoni; il divieto penale di celebrare alcune cerimonie tipiche, quali quella del *potlach* nel 1884 e della danza del sole nel 1885²⁵; la previsione nell'*Indian Act* di una disposizione che stabiliva la perdita dello *status* di aborigena per le donne che sposavano individui non indiani.

²¹ Si tratta di una commissione di indagine istituita al fine di conoscere e analizzare lo stato dei rapporti fra gli organi pubblici e le popolazioni autoctone. Fu istituita nel 1991 e concluse i suoi lavori nel 1996 pubblicando un rapporto. L. LAND, *Gathering Dust or Gathering Strength: What Should Canada Do with the Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples?*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 133; J. BORROWS, *Domesticating Doctrines: Aboriginal Peoples After the Royal Commission*, in *McGill Law Journal*, 46, 2001, p. 615 ss.

²² Royal Commission on Aboriginal Peoples, *People to People, Nation to Nation*, Ottawa, 1996, X.

²³ La politica di queste scuole era – come ha evidenziato il Rapporto della *Royal Commission on Aboriginal People* nel 1996 – “to kill the Indian in the child”. In queste scuole era vietato utilizzare la lingua della tribù di appartenenza anche in conversazioni private, inoltre, gli studenti non dovevano più manifestare comportamenti tipici della loro comunità di appartenenza. In queste scuole furono assai frequenti violenze e sopraffazioni, che hanno dato luogo dagli anni '70 a un cospicuo contenzioso civile per il risarcimento dei danni, le cui cifre sono oscillate fra i 55.000 e i 370.000 dollari: M. HODGSON, *Rebuilding Community after Residential Schools*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 92 ss. e p. 105; D. S. WALL, *Canadian Aboriginal Justice Circles: Restorative Alternatives to Justice or Political Compromise*, in M. THORNTON, R. TODD (eds.), *Aboriginal People and Other Canadians*, Ottawa, 2001, p. 163; M. THORNTON, *Aspects of the History of Aboriginal People in their Relationships with Colonial, National and Provincial Governments in Canada*, *ibidem*, p. 13.

²⁴ In base a questa legge, gli Indiani erano sottoposti a una sorta di verifica da parte di esaminatori bianchi, in base alla quale sono gli Indiani di “buon carattere” (e cioè privi di pregiudizi) potevano essere pronti per essere incorporati nella società canadese: T. SCHOOLS, *The Basic Dilemma: Sovereignty or Assimilation*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 19.

²⁵ Tale divieto sopravvisse fino al 1951, anno in cui l'*Indian Act* fu modificato. Sul punto si veda S. POLIANDRI, *Collettivismo e individualismo nel processo evolutivo del potlach dei Southern Kwakiutl. 1849-1930*, in *Rivista di studi canadesi*, 12, 1999, p. 125 ss.

La strategia dell'assimiliazione sembrò trovare ulteriori spazi di affermazione nel 1969 quando fu adottato dal Governo Trudeau il *White Paper* sugli Indigeni. Questo documento riconobbe l'inadeguatezza delle politiche federali relative agli Indiani, responsabili di aver perpetuato una condizione di dipendenza e di subalternità delle popolazioni indigene, fomentata da programmi assistenziali. Il *White Paper* proponeva, dunque, di abrogare la distinzione fra indigeno e non, con l'intento di promuovere l'integrazione fra le distinte classi di cittadini.

Tuttavia, questo progetto incontrò la più ferma opposizione degli Aborigeni e delle loro associazioni, i quali ritenevano che l'orientamento della Federazione ponesse in pericolo l'idea degli Indigeni come comunità distinte. La posizione ufficiale delle comunità autoctone fu espressa in un documento denominato *Citizen Plus*, presentato al Governo nel 1970. Questo rifiutava l'approccio liberale proposto dal Governo, sottolineando come il concetto di "indiano" doveva essere concepito in una dimensione collettiva e non individuale. Il documento faceva risalire le cause della povertà degli Indiani, non tanto alla differenziazione di *status* posta in essere dalla legislazione quanto alla politica paternalistica realizzata dai governi canadesi, i quali avevano violato i doveri nei confronti degli Indiani prescritti nei trattati. Inoltre, il *Department of Indian Affairs* aveva finito per regolare in maniera invasiva la vita degli indigeni, frustrando le aspirazioni di questi all'autogoverno e deresponsabilizzandoli rispetto alle loro condotte.

In seguito a queste decise critiche, l'esecutivo ritirò il suo *White Paper*, ammettendo la sua incapacità nell'affrontare il problema aborigeno, senza, però, porre in essere delle politiche che avrebbero contribuito a ridurre la differenza di condizioni economiche, sociali e culturali delle popolazioni aborigene rispetto al resto della società canadese.

Più recentemente, anche a seguito degli esiti dei lavori della *Royal Commission on Aboriginal Peoples*, che concluse i suoi lavori nel 1996, il Governo canadese adottò, nel gennaio 1998, il Piano d'azione "*Gathering Strength – Rassembler nos forces*", le cui finalità sarebbero quelle di riformulare i contenuti delle relazioni fra autorità canadesi e comunità autoctone, inficiate da effetti perniciosi frutto del trattamento di cui sarebbero state vittime storicamente gli aborigeni. In particolare, si propose di: rinnovare i contenuti della collaborazione; promuovere l'auto-governo aborigeno; sviluppare un nuovo sistema di imposizione tributaria per gli indiani e aiutare in modo significativo le comunità e la loro economia.

In relazione al primo obiettivo, il Ministero degli Affari Indiani annunciò che sarebbero stati stanziati 350 milioni di dollari per lo sviluppo di comunità di recupero, come strumento per il risarcimento di abusi fisici e sessuali compiuti ai danni dei fanciulli aborigeni nelle scuole residenziali. Inoltre, sarebbero stati sviluppate attività di servizi per le comunità dei *Metis* e degli aborigeni che risiedevano fuori dalle riserve.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, il Governo si impegnò nella creazione di

istituzioni di autogoverno con competenze e risorse sufficienti per gestire i propri territori e nella definizione di forme di governo che potessero essere adeguate alle situazioni dei *Metis* e degli Indiani che vivono al di fuori delle aree loro riservate.

Infine, la volontà di realizzare azioni e programmi di supporto per le comunità, le persone e le economie aborigene avrebbero dovuto avere come ambiti prioritari di intervento, l'occupazione, la sanità e le politiche giovanili, individuati come settori il cui sviluppo avrebbe potuto aiutare in maniera significativa gli esponenti dei gruppi autoctoni²⁶.

3. Tipologia dei diritti delle popolazioni indigene: i diritti esistenti prodotti dalla tradizione.

Il testo costituzionale del 1982 espresse in maniera chiara l'obbligo per la legislazione federale e provinciale di rispettare i diritti degli aborigeni, per i quali utilizza due espressioni linguistiche: *existing rights* e *treaty rights*.

Se è vero il brocardo latino che *nomina consequentia rerum*, allora è giocoforza prendere atto che sussistono due categorie di diritti. I primi sarebbero diritti di cui gli Aborigeni sarebbero titolari prima dell'insediamento europeo e ancora in vigore alla data di entrata in vigore del *Constitution Act* (che continuerebbero quindi a disporre a meno che non fossero espressamente estinti a causa di un trattato, o di un atto parlamentare)²⁷, mentre gli altri sarebbero i diritti che sono espressi e riconosciuti nei trattati stipulati fra le autorità federali e provinciali da una parte e le popolazioni indigene dall'altra.

I *pre-existing rights* sarebbero diritti che apparterebbero alle comunità indiane come una sorta di diritti inviolabili, il cui nucleo essenziale non può essere compromesso. In sostanza, questi diritti apparterebbero a un ordinamento *extra*-statuale e, pertanto, non potrebbero essere limitati dallo Stato canadese, che li ha espressamente riconosciuti come tali, cioè come fonti *extra ordinem*, conferendo loro una particolare tutela e rigidità.

Il fondamento costituzionale degli *existing rights*, fu espresso, nel 1973, per la prima volta, dalla Corte suprema, nel caso *Calder*. Frank Calder, fondatore e presidente del *Nisga'a Tribal Council* (1955-1974), ricorse all'organo giurisdizionale supremo in quanto riteneva che il diritto tradizionale delle sue genti allo sfruttamento delle terre esisteva anco-

²⁶ M. MURPHY, *Renewing the Relationship with Aboriginal People?*, in *Review of Constitutional Studies*, 1-2, 2004, p. 151 ss.; E. CECCHERINI, *Diritti individuali v. diritti comunitari*, in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit., p. 176 s. Sullo stato d'attuazione del Piano, si veda il sito <http://www.aboriginal-canada.gc.ca>.

²⁷ Analogamente, l'Alta Corte australiana ha riconosciuto che l'Australia - prima dell'insediamento britannico - non era *terra nullius* e pertanto, i tradizionali diritti degli indigeni potevano in alcune circostanze essere accolti nella *common law*: in questo senso il caso *Mabo & Ors v. State of Queensland* (1992) 107 ALR 1 (HC) ('*Mabo* No. 2'). Più specificamente se i tradizionali abitanti di un territorio continuano a rispettare e a dare effettività alle loro leggi e costumi, possono vantare dei titoli rispetto alla propria terra S. B KAYE, *The Torres Strait Islands*, cit., p. 32; R. LAFARGUE, *La «révolution Mabo» ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 110, 2, 1994, p. 1329.

ra e non era stato né estinto con un trattato, né soppresso a seguito di una guerra. L'esito della causa non fu favorevole al ricorrente. Tuttavia, sei giudici su sette riconobbero che i diritti degli indigeni sono specifici e non per concessione della Corona o per un riconoscimento di tipo legale o perché stabiliti in un trattato ma perché nel passato gli aborigeni erano stati popoli sovrani su quel territorio; il possesso delle terre al momento dell'arrivo degli europei costituiva la prova dell'*Aboriginal title*²⁸.

La stessa posizione fu confermata nel caso *Guerin*, dove i giudici costituzionali affermarono che «titolo aborigeno è un diritto legale derivato dalla storica occupazione indiana e dal possesso delle terre delle tribù».²⁹

Pertanto, come affermato successivamente nella sentenza *Sparrow*,

«The Government has the responsibility to act in a fiduciary way with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and Aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship»³⁰.

Con tale affermazione, la Corte suprema sottolineò come il riconoscimento degli *existing rights* aveva delle radici storiche profonde e consolidate, dato che lo stesso *British Royal Proclamation* del 7 ottobre 1763 riconosceva questi diritti, i quali furono accolti dal Governo canadese con il *British North America Act* del 1867. L'art. 25 della Carta dei diritti e delle libertà prevede, inoltre, che non possano «essere abrogati o derogati i trattati con gli aborigeni o altro diritto o libertà che appartenga agli Aborigeni del Canada, ivi compresi: qualsiasi diritto o libertà riconosciuto dalla *Royal Proclamation* del 1763 e qualsiasi diritto o libertà che attualmente esista, in virtù di accordi (...)»³¹.

Analogamente, nel caso *Delgamuukw*³², il massimo organo giurisdizionale federale, ribaltando la pronuncia della Corte suprema della *British Columbia*, riconobbe la validità della tradizione orale come prova dell'esistenza di un diritto aborigeno, affermando che il

²⁸ *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* (1973) 34 DLR (3d) 145. Su l punto si veda O. P. DICKASON, *Reclaiming Stolen Land*, in J. BIRDS, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 35 ss.

²⁹ *Guerin v. The Queen* (1984) 2 S.C.R. 335 e in *Roberts v. Canada* (1989) 1 S. C. R.. 322, 340.

³⁰ *R. v. Sparrow*. (1990) 1 S. C. R. 1075.

³¹ P. W. HOGG, M. E. TURPEL, *Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues*, in *Canadian Bar Review*, 74, 1995, p. 215 ss.; A. FLERAS, *Politicising Indigeneity. Ethno-Politics in White Settler Dominions*, in P. HAVEMANN (ed.), *Indigenous Peoples' Rights*, Auckland, 1999, 197 ss.

³² Si tratta di una controversia che ebbe inizio nel 1987, quando 44 capi delle tribù *Gitksan* a *Wet'suwet'* richiesero il riconoscimento dell'*aboriginal title* su terre (circa 22.000 miglia quadrate nelle regioni di Skeena e Bulkey nel nord della British Columbia) che occupavano da tempo immemorabile e che avevano continuato gestire secondo le loro leggi per secoli, sostenendo che non vi era stata alcuna estinzione di questo diritto: T. GLAVIN, *The Fall of Dimlahamid: The Gitksan Wet'suweten and the Fallout of the Delgamuukw Decision*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 175 ss.; P. JOFFE, *Assessing the Delgamuukw Principles: National Implications and Potential Effect in Québec*, in *McGill Law Journal*, 45, 1, 2000, p. 157 ss.

contenuto dello stesso è strettamente legato e incorporato alla secolare occupazione del territorio: «it arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples».

A giudizio della Corte suprema, l'occupazione storica della terra è rilevante sotto un duplice punto di vista: il primo riguarda un evento meramente fisico, il secondo, invece, è legato al fatto che l'*aboriginal title* trae origine in parte dal «pre-existing rights systems of aboriginal law».

E ancora, in questo senso, la Corte suprema, nel caso *Van der Peet*³³, affermò:

«The doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America. Aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional status»

Emerge da questa ricostruzione che è l'attenzione al dato storico a caratterizzare il dibattito sui diritti delle popolazioni aborigene come *inherent rights* e la sua rilevanza giuridica è data dalla costituzionalizzazione di questi diritti e dalle pronunce giurisprudenziali che riconoscono che si è in presenza di un vero e proprio ordine giuridico distinto.

La giurisprudenza della Corte suprema canadese ricalca in qualche modo un percorso argomentativo compiuto sia dal *Privy Council* che dall'Alta Corte australiana (alla quale espressamente si richiama nel caso *Van der Peet*). Infatti, dopo una giurisprudenza da parte degli organi giurisdizionali in senso contrario, il *Privy Council* ammise nel 1971 nel caso *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd (the Gove Land Rights case)*³⁴, in cui la questione riguardava delle terre, che non divideva l'assunto «that in the Aboriginal world there was nothing recognisable as law at all». Infatti, il giudice Blackburn disse: «The evidence shows a subtle and elaborate system highly adapted to the country in which the people led their lives, which provided a stable order of society and was remarkably free from the vagaries of personal whim or influence. If ever a system could be called “a government of laws, and not of men”, it is that shown in the evidence before me».

Successivamente, l'Alta Corte Australiana riconobbe espressamente, nel caso *Mabo & Ors v. State of Queensland (Mabo no. 2)*³⁵ che l'Australia – prima della conquista britannica – non era *terra nullius* e pertanto, i diritti tradizionali degli indigeni possono essere riconosciuti nel *common law*.

Il contenzioso nasceva da un ricorso della tribù *Meriam* relativamente al possesso delle terre delle Murray Islands nello Stretto di Torres, al largo delle coste del Queensland.

³³ R. v. *Van der Peet* (1996) 2 S. C. R. 507, 538

³⁴ 1971 17 F. L. R. 141

³⁵ (1992) 175 C. L.R. 1.

I *Meriam* occupavano quelle zone, che furono annesse al Queensland nel 1879, prima dell'arrivo degli Europei. I ricorrenti sostenevano che l'annessione non aveva cancellato i diritti che essi vantavano su quelle terre. L'*High Court* australiana sostenne che la dottrina *Cooper* del 1889 era ingiusta e discriminatoria e incompatibile con il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 1966, con i valori fondamentali del *common law* e con quelli attuali della società australiana. Più specificamente, se gli abitanti storici di un territorio rispettano e rendono efficace le loro leggi e costumi essi possono vedersi riconosciuti dei diritti sulla terra che occupano abitualmente³⁶.

Le conclusioni sia dell'*High Court* australiana che della Corte suprema canadese recepiscono gli orientamenti emersi a livello internazionale, almeno per quanto riguarda due profili.

Il primo riguarda l'interpretazione da adottare in relazione all'art. 27 del sopra citato Patto internazionale sui diritti civili e politici. In questo ambito, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha riconosciuto che, per quanto concerne l'esercizio dei diritti culturali protetti dall'art. 27, la sopravvivenza di una determinata cultura è garantita anche attraverso la salvaguardia di un particolare stile di vita associato con l'uso delle risorse legate alla terra³⁷. Si stabilisce, quindi, un nesso inscindibile fra la terra tradizionalmente occupata dalle popolazioni indigene e la loro cultura, per cui la seconda non può sussistere senza la prima³⁸.

Il secondo profilo, invece, è collegato alle posizioni espresse dalla Corte internazionale di giustizia che, nella *advisory opinion* sul Sahara occidentale ritenne di escludere che questo territorio si configurasse come *terra nullius*, quando nel 1884 la Spagna aveva stabilito il suo protettorato sul Rio de Oro. Infatti, la Corte, per escludere questa ipotesi, indicò come: a) il Sahara occidentale fosse abitato da popolazioni che, seppur nomadi, erano socialmente e politicamente organizzate in tribù ai cui vertici vi erano dei capi in grado di

³⁶ D. SHORT, *Reconciliation, Assimilation, and the Indigenous Peoples of Australia*, in *International Political Science*, 4, 2003, p. 491 ss.; S. B. KAYE, *The Torres Strait Islands*, cit., p. 45 ss.; K. SCHILLORN, *The Status and Rights of Indigenous Peoples in Australia*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, 1999, p. 443 ss.; A. FLERAS, *Politicising Indigeneity*, cit., p. 213 ss.; C. J. IORNS, *International Human Rights and their Impact on Domestic Law on Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand*, *ibidem*, p. 248 ss.; A. MASON, *op. cit.*, p. 817 ss.; R. LAFARGUE, *La «révolution Mabo»*, cit., p. 1329. Successivamente, l'Alta Corte australiana ha avuto modo di confermare la sua giurisprudenza in *Wik Peoples v. State of Queensland & Ors*, *Thayorre People v. State of Queensland and Ors* (1996) 141 ALR 129 (HC).

³⁷ General Comments, *The Human Rights Committee*, General Comment No. 23 (50) (art. 27) 15th Session, 1994), (1994) 1 HRR 1, par. 7.

³⁸ E su questo tema il Comitato sui diritti umani della Nazioni Unite si è pronunciato più volte. A titolo esemplificativo si veda *Ominayak and the Lake Lubicon Band v. Canada* (communication n. 167/1984 adottato il 26 marzo 1990. U.N. Doc. A/45/40 1); *Kitok v. Sweden* (U. N. Doc. A/36/40); *Lansman v. Finland* (U. N. doc. CCPR/52/D.511/1992. P. MACKLEM, *Indigeni*, in M. FLORES D'ARCAIS, T. GROPPI, R. PISILLO (a cura di), *Dizionario dei diritti umani*, Torino, 2007, p. 737 ss.

rappresentarli; b) la Spagna non aveva occupato quelle terre sostenendo che fossero *terrae nullius* ma aveva proclamato il protettorato sul Rio de Oro sulla base di un accordo stipulato con i capo-tribù locali.

Pertanto, emerge come sussista una certa convergenza fra la giurisprudenza delle Corti australiana e canadese e le decisioni degli organismi internazionali su ambiti comuni.

3.1 *L'individuazione degli existing rights.*

E' evidente che la formulazione generica di *existing rights* pone non pochi problemi di individuazione degli stessi. La giurisprudenza si è sforzata anche di fornire un contenuto più preciso a questi *inherent rights*, come nella sentenza *Sparrow*³⁹ del 1990, riguardante i diritti di pesca nelle acque del Fraser River nel British Columbia della Nazione *Musqueam*, basandosi sull'esistenza di "*pre-existing inherent rights*" di questo popolo.

Il caso in questione – che si configura come una pietra angolare nei rapporti fra ordinamento federale (e provinciali) e gruppi aborigeni – sorse perché un indiano pescava con una rete di lunghezza superiore a quanto prevista dalla normativa federale del *Fisheries Act*. Il convenuto sosteneva che questa legge contrastasse con l'art. 35, par.1, del *Constitution Act*, che riconosceva i diritti atavici dei popoli aborigeni alla caccia e alla pesca. La Corte sostenne che il riconoscimento degli *Aboriginal rights* non escludeva di per sé una disciplina federale o provinciale sulle stesse materie finalizzate alla protezione delle varie specie. Tuttavia, nella fattispecie ritenne che fosse necessario che lo Stato considerasse la necessità per gli indiani di procurarsi il cibo.

Pertanto, in questa pronuncia, venne richiesto un bilanciamento fra la tutela dell'ambiente e gli *inherent rights* delle popolazioni autoctone, i quali dovevano essere oggetto di lesione nel minore modo possibile e solo qualora vi si contrapponesse un interesse primario, quali, per esempio, la conservazione di una risorsa naturale o la sicurezza pubblica.

In sostanza, l'organo di giustizia costituzionale federale affermò - come ribadì in seguito nel caso *Delgamuukw* - che agli *Aboriginal rights* possono essere opposti dei limiti da parte delle autorità statali, a patto che siano finalizzati al perseguimento di obiettivi «*compelling and substantial*»⁴⁰. Addirittura, la Corte sostenne che non può essere opposto

³⁹ *Sparrow* (1990) 1 S. C. R. 1075: «Rights that are recognised and affirmed are not absolute. Federal legislative powers continue, including, of course, the right to legislate with respect to Indians pursuant to s. 91 (24) of the Constitution Act, 1867. These powers must, however, now be read together with s. 35(1). In other words, federal power must be reconciled with federal duty and the best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies aboriginal rights».

⁴⁰ Su questo tema, J. MATTHEWS GLENN, A. C. DROST, *Aboriginal Rights and Sustainable Development in Canada*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999, p. 180 ss.; A. H. MESNARD, *Les fondements constitutionnels canadiens et la question du droit des sols, de l'environnement et de la protection des ressources naturelles*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1998, p. 1177 ss.

all'esercizio dei diritti delle popolazioni aborigene un limite generale come quello dell'interesse pubblico, in quanto questa formula sarebbe così vaga e ampia da giustificare qualsiasi limitazione, che non potrebbe essere costituzionalmente legittima.

Sempre con riguardo all'individuazione del contenuto degli *inherent rights*, di significativa importanza è la sentenza *Van der Peet*⁴¹, in cui gli *Aboriginal Rights* sono definiti principalmente come “*way of life rights*” per il cui riconoscimento è necessario verificare che:

- Il diritto aborigeno costituisca un uso, una tradizione o una consuetudine che sia centrale, necessaria e parte integrante di quella specifica cultura indigena;
- Gli usi, le tradizioni e le consuetudini non debbano essere esercitati in modo marginale o solo occasionalmente;
- Gli usi, le tradizioni e le consuetudini debbano essere parte integrante di quella cultura prima del contatto con i colonizzatori europei;
- Alcuni aspetti di una comunità aborigena debbano possedere il carattere della specificità e dell'unicità; pertanto le attività legate al procacciamento del cibo non possono configurare *Aboriginal rights*, in quanto questo sarebbe un elemento comune alla quasi totalità delle società organizzate.

In base a questi elementi, la Corte concluse che non è possibile prefigurare un catalogo unico di *inherent rights* valido per tutte le comunità presenti sul suolo canadese, in quanto la “*distinctiveness*” di ciascuna darebbe luogo a diritti specifici e diversi per ognuna⁴².

Infatti, nella sentenza *Van der Peet*, il giudice Lamer concluse, dicendo:

«Aboriginal rights are not general and universal: their scope and content must be determined on a case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate

⁴¹ *Van der Peet v. the Queen* (1996) 137 DLR (4th) 289 (SCC). Nello stesso giorno sono emanate dalla Corte altre due sentenze, che individuano la “trilogia *Van der Peet*”: *R. v. N. T.C. Smokehouse*, (1996) 2 S. C. R. 672, 4 C. N. L. R. 130 e *R. v. Gladstone*, (1996) 2 S. C. R. 723, 4 C. N. L. R. 65.

⁴² Questa sentenza ha provocato molti commenti di diversa natura. Fra questi si vedano M. ASCH, *From Calder to Van der Peet. Aboriginal Rights and Canadian Law, 1973-96*, in P. HAVEMANN (ed.), *Indigenous Peoples'*, cit., p. 435; K. WILKINS, ...*But We need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government*, in *University of Toronto Law Journal*, 49, 1999, p. 63 ss.; I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties*, in *Review of Constitutional Studies*, 4, 1998, p. 274 ss. C'è chi ha sottolineato come il riferimento della centralità di un comportamento per l'esistenza e la persistenza di una cultura aborigena può essere inteso in senso particolarmente restrittivo tanto da condurre al non riconoscimento di molteplici usanze autoctone. Si vedano inoltre R. L. BARSCH, J. YOUNGBLOOD HENDERSON, *The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand*, in *McGill Law Journal*, 42, 1997, p. 95 ss. Gli autori citati propendono, invece, come elemento necessario per l'individuazione di un diritto atavico, per quello della continuità e, ancora, in toni critici, B. W. MORSE, *Permafrost Rights: Aboriginal Self-Government and the Supreme Court in R. v. Pamajewon*, in *McGill Law Journal*, 42, 1997, p. 1011 ss.

that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community»⁴³.

Inoltre, sempre nello stesso caso, fu ribadito (come nel caso *Delgamuukw*), che gli *Aboriginal rights* sono rappresentati da tutte quelle pratiche di vita e dall'utilizzo di tutti i prodotti della terra e delle acque del territorio, così come avveniva nei periodi precedenti alla colonizzazione.

3.2 I diritti derivanti dai trattati.

I diritti degli aborigeni canadesi non si esauriscono negli *existing rights*, che, come abbiamo visto, pongono non pochi problemi di sistematizzazione, ma sono costituiti anche dai *treaty rights*. Infatti, l'art. 35 del *Constitution Act* indica come l'ordinamento canadese deve riconoscere e affermare, oltre agli *existing rights*, i diritti dei trattati e, ancora, l'art. 25 impone il rispetto di questi ultimi, compresi quelli inseriti nella *British Proclamation* del 1763.

Il tema dei trattati costituisce una significativa peculiarità dell'ordinamento canadese, che ha tradizionalmente tentato di risolvere le controversie fra i colonizzatori e le popolazioni aborigene attraverso la stipula di accordi.

I Nativi canadesi entrano in contatto con i colonizzatori bianchi nei primi anni del diciassettesimo secolo, soprattutto con i missionari gesuiti francesi stabilitisi lungo le rive dei Grandi Laghi. Poco più tardi, sia gli Olandesi che gli Inglesi si stabilirono nella zona sud dei Grandi Laghi lungo la costa atlantica, vicino alle *Appalachian Mountains*. La compresenza di colonizzatori di diverse nazioni, in continua competizione economica fra loro, condusse molto presto a una guerra per il controllo di aree sempre più vaste del territorio. Le varie tribù indiane, con l'unica eccezione degli *Haudenoshonee*, sostennero i Francesi nella loro lotta contro gli Inglesi (1754-1763) che si concluse con la Pace di Parigi, con la quale il re di Francia rinunciò alle sue pretese sull'Acadia e cedette la sovranità sul Canada e su Breton Cap⁴⁴.

La ragione per la quale i Nativi si schierarono con i Francesi piuttosto che con i loro avversari è da ascrivere al tipo di insediamento operato da questi ultimi: i Francesi

⁴³ Proprio sulla base di questi elementi, nella sentenza *R. v. Sappier, R. v. Gray*, (2006) 2 S. C. R. 686, la Corte ha sostenuto che la raccolta e il taglio di alberi non per fini commerciali ma per costruire un domicilio o fabbricare utensili può costituire un *existing aboriginal rights* ex art. 35 del *Constitution Act*, in quanto queste attività possono essere «integral to that culture» delle tribù a cui appartenevano gli Indiani coinvolti nel contenzioso.

⁴⁴ Le relazioni con i Francesi non erano particolarmente conflittuali. Luigi XIV, nel 1665, aveva emanato delle direttive nelle quali si richiedeva al Governatore della colonia di trattare con giustizia ed equità gli indigeni, di non ricorrere alla violenza e proibiva a chiunque di appropriarsi delle terre su cui vivevano. Sull'influenza della dominazione francese sui diritti degli autoctoni si veda A. ÉMOND, *Existe-t-il un titre indien originaire dans les territoires cédés par la France en 1763?*, in *McGill Law Journal*, 41, 1995, p. 58 ss.

erano prevalentemente commercianti ed erano interessati soprattutto al controllo delle vie di comunicazione I Britannici, invece, erano, oltre che interessati al commercio, agricoltori e, pertanto, rappresentavano una seria minaccia per gli insediamenti territoriali indiani.

Nonostante la sconfitta dei Francesi, le *First Nations* non ritennero che la loro sovranità si fosse estinta, anche perché non erano mai stati formalmente sconfitti da nessuno dei due paesi colonizzatori. Tuttavia, i rapporti fra la Corona e le popolazioni autoctone continuarono a essere conflittuali fino al 1763, anno della firma della *Royal Proclamation*, che rappresenta il tentativo di delimitazione dei confini e della definizione della giurisdizione fra *First Nations* e la Corona britannica.

In via di principio, si trattava di un accordo fra due popoli sovrani; tuttavia, furono inserite nel testo espressioni che, invece, configuravano il rapporto fra i contraenti sbilanciato a favore degli Inglesi. Si parlava, infatti, di “*dominion*” e “*sovereignty*” della Corona sui territori occupati dai colonizzatori inglesi. Inoltre, se da una parte si stabiliva che i territori indiani fossero immuni dalla giurisdizione inglese penale e civile, dall'altra si ammetteva che per i reati commessi contro cittadini britannici fossero competenti le autorità inglesi anche su territori indiani.

Tuttavia, le popolazioni indigene venivano riconosciute come *Nations* e veniva anche stabilito che i governi coloniali non potevano appropriarsi o cedere territori; non potevano autorizzare sudditi britannici a occupare, o ad acquistare terre indiane; i diritti indiani sulle terre potevano essere acquisiti solo dalla Corona secondo una procedura definita⁴⁵.

I contenuti della *Royal Proclamation* furono ripresentati alle *First Nations* l'anno dopo, nel 1764, a Niagara, dove fu siglato appunto il Trattato omonimo. Alle negoziazioni parteciparono circa duemila capi indiani, inclusi rappresentanti delle popolazioni autoctone della Nova Scotia, del Mississippi e della parte settentrionale dell'Hudson Bay e sembra anche delle tribù *Sioux*.

Al di là delle ambiguità esposte in precedenza, il Trattato di Niagara sancì un'alleanza fra la Corona e le comunità indigene e rappresentò un rimedio agli abusi e alle frodi nell'acquisto delle terre e nelle relazioni commerciali con gli autoctoni. L'accordo si consolidò negli anni successivi e la fedeltà degli Indiani fu testimoniata anche dall'appoggio dato da questi ultimi, nel 1812, nella guerra fra Stati Uniti e Canada. Lo scambio di doni previsto dal Trattato ebbe luogo ancora per molti anni e, ancora oggi, il Trattato di Niagara rappresenta una fonte normativa per i diritti degli Aborigeni⁴⁶.

⁴⁵ L. LAND, R. TOWNSEND, *Land Claims: Stuck in Never-Never Land*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (cur.), *Nation to Nation*, cit., p. 54.

⁴⁶ J. BORROWS, *Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History, and Self-Government*, in M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights*, cit., p. 155 ss.; G. OTIS, A. ÉMOND, *L'identité autochtone dans les traités contemporains : de l'extinction à l'affirmation du titre ancestral*, in *McGill Law Journal*, 41, 1996, p. 550.

Successivamente furono negoziati altri trattati, che, però, non sono stati sufficienti a garantire non solo la conservazione dei diritti degli autoctoni, ma nemmeno l'attribuzione di un eguale *status* fra nativi e colonizzatori. Infatti, molti trattati, precedenti al 1850, prevedevano solo un esiguo pagamento in denaro alle tribù da parte della Corona in cambio dello sfruttamento delle terre, che era assicurato anche dal fatto che, fino al 1830, il controllo delle terre indiane era esercitato dall'amministrazione militare⁴⁷. I trattati negoziati, invece, fra il 1850 e il 1871, da William Benjamin Robinson (da qui il nome di *Robinson Treaties*), commissario provinciale dell'*Upper Canada*, prevedevano un trasferimento del titolo fondiario in cambio di pagamenti annuali. Gli accordi avevano l'obiettivo di circoscrivere i Nativi in alcune aree controllate dal Governo, il quale si impegnava a fornire istruzione e assistenza economica e sanitaria. Successivamente fra il 1871 e il 1912 furono firmati altri 11 trattati nelle Province dell'Ontario, Manitoba e Saskatchewan, denominati *numbered treaties*, i quali riconobbero alcuni diritti di caccia e di pesca agli autoctoni in cambio della loro rinuncia ai diritti ancestrali sulle terre. Infine, nel 1923, furono negoziati i trattati con le tribù *Chippewa* e *Mississauga*, che, sostanzialmente, ricalcavano le linee guida dei precedenti accordi.

Più recentemente, il Governo canadese ha negoziato alcuni importanti trattati con le popolazioni autoctone, fra cui i più importanti sono: *James Bay and Northern Quebec Agreement* con i *Cree* e gli *Inuit* (1975)⁴⁸; *Inuvialuit Land Claims Agreement* con gli *Inuit* dell'Artico occidentale; *Gwich'in Agreement* nei Territori del Nord-Ovest (1992); *Yukon First Nations Umbrella Final Agreement* (1993), *Sathu Dene Agreement* nella Mackenzie Valley (1994), *Nunavut Land Claims Agreement* con gli *Inuit* dell'Artico centrale e orientale (1993) e *Nisga'a Land Claims Agreement* (2000).

⁴⁷ Sull'evoluzione storica dei trattati: J.P. MORIN, *Peace, Order and Good Government: Indian Treaties and Canadian Nation Building*, relazione presentata al convegno: *First Nations, First Thoughts*, organizzato dal *Center for Canadian Studies*, Edinburgo, 5-6 maggio 2005; M. R. HUDSON, *Reconciling Aboriginal and non-Aboriginal Perspectives Through Modern Treaty Negotiations*, relazione presentata al convegno: *First Nations, First Thoughts*, organizzato dal *Center for Canadian Studies*, Edinburgo, 5-6 maggio 2005; P. MARTINO, *Il treaty federalism canadese: la tutela costituzionale dei diritti ancestrali derivanti dai trattati*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2004, 1693 ss.; AA. VV., *Equal Subjects, Unequal Rights*, Manchester and New York, 2003; K. BROCK, *op. cit.*, 342; F. ZICCARDI, *La condizione attuale delle tribù indiane in Canada*, in *Canada Ieri e Oggi* 2, Atti del VII Convegno Internazionale di Studi Canadesi, Bari, 1988, 283 ss.

⁴⁸ Si tratta del primo trattato dell'età moderna, stipulato in seguito alla volontà del premier del Quebec Robert Bourassa, il quale aveva intenzione di costruire un'importante centrale idroelettrica nella James Bay nel 1973. Tale progetto costrinse i *Cree* e gli *Inuit* ad unire i loro sforzi al fine di costituirsi in giudizio per sospendere i lavori fino a quando tutte le controversie rispetto al controllo del territorio non fossero stati risolti. Il Governo del Quebec si risolse ad iniziare delle negoziazioni, i cui esiti furono riportati nel *James Bay and Northern Quebec Agreement*, che ha rappresentato un modello per le successive negoziazioni. Sul punto si veda KM. MCNEIL, *Aboriginal Nations and Quebec's Boundaries. Canada Couldn't Give What It Didn't Have*, in D. DRACHE, R. PERIN (eds.), *Negotiating with a Sovereign Quebec*, Toronto, 1989, p. 107.

3.3. La natura giuridica dei trattati: accordo politico, trattato internazionale o procedura democratica.

La costituzionalizzazione dei trattati operata nel 1982 impone di modificare l'approccio interpretativo di questi atti rispetto al passato. Infatti, i trattati, firmati prima del 1982, oltre che a prevedere un certo grado di subalternità della popolazione indigena rispetto a quella bianca, stentarono anche ad affermarsi come atti giuridici.

Nel 1929, la Corte suprema, nel caso *R. v. Syliboy*⁴⁹ sostenne che il convenuto non poteva invocare il rispetto di un diritto riconosciuto in un trattato che la tribù dei *Mi'kmaq* aveva stipulato con il governatore della Provincia nel 1752, in quanto la comunità indiana non poteva essere considerata un soggetto giuridicamente legittimato a concludere un trattato e, pertanto, le disposizioni dello stesso, che riconoscevano un diritto di caccia su alcune terre ai componenti della tribù indiana, non potevano essere considerate giuridicamente vincolanti.

La Corte suprema in quell'occasione stabilì:

«Treaties are unconstrained Acts of independent powers. But the Indians were not regarded as an independent power. A civilized nation first discovering a country of uncivilized people or savages held such country as its own until such time as by treaty it was transferred to some other civilized nation. The savages' rights of sovereignty, even of ownership, were not recognized. Nova Scotia had passed to Great Britain not by gift or purchase or even by conquest of the Indians but by treaty with France, which had acquired it by priority of discovery and ancient possession; and the Indians passed with it.»

I trattati erano considerati dei meri accordi politici, il cui rispetto non poteva essere invocato davanti ad organi giurisdizionali⁵⁰. La precisazione di cui all'art. 35 è di rilevante importanza, in quanto i trattati stipulati fra le autorità federali e provinciali e le comunità indiane non hanno il rango di fonte primaria, ma copertura costituzionale⁵¹. In questo modo, i diritti riconosciuti nei trattati acquisiscono il rango di fonte atipica, cioè acquisiscono una forza giuridica superiore alla leggi federali e provinciali, in quanto l'art. 25 espressamente stabilisce che nessuna norma dell'ordinamento può derogare o abrogare le disposizioni dei trattati (e, in generale dei diritti degli Aborigeni)⁵².

Inoltre, merita rilevare che la legislazione sui diritti delle identità culturali autoctone

⁴⁹ *R. v. Syliboy*, [1929], 1, Dominion Law Reports 307 (Supreme Court of Canada), p. 313 s.

⁵⁰ P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, 2001, p. 137; P. MARTINO, *Il treaty federalism canadese*, cit., 1693 ss.

⁵¹ Si tratta di una tendenza emergente nei paesi dell'area del *Commonwealth*. A titolo di esempio, si può citare il fatto che nel 1987 l'*High Court* della Nuova Zelanda ha attribuito al Trattato *Waitangi* uno status quasi costituzionale, sostenendo il principio di "partnership" fra i due popoli costituenti la nazione, A. FLERAS, *op. cit.*, 187 ss.

⁵² R. PENTREY, *The Rights of Aboriginal Peoples of Canada and the Constitutional Act, 1982*, in *University of British Columbia Law Review*, 21, 1988, p. 18 ss.

si caratterizza, in genere, per la specificità del procedimento legislativo, consistente nel fatto che l'introduzione nell'ordinamento di tali diritti è preceduta da apposite intese fra le autorità statali e rappresentanti delle diverse comunità autoctone, secondo un procedimento decisionale che ricalca quello dell'ordinamento internazionale, basato sul principio dell'unanimità piuttosto che su quello di maggioranza, proprio delle assemblee legislative.⁵³ L'obiettivo sarebbe quello di formalizzare gli accordi con una procedura simile a quella adottata per la realizzazione dei trattati internazionali e che vorrebbe consacrare - a livello simbolico - un principio quasi di «sovranità condivisa» sul territorio⁵⁴.

Gli esiti normativi delle relazioni fra livelli istituzionali e autorità indigene, sono sempre, quindi, preceduta da negoziati e questo sembra essere un dato costante e consolidato della storia fra gli autoctoni e le autorità canadesi, tanto da poter configurare una consuetudine costituzionale in tal senso. Infatti, i trattati fra le comunità aborigene e le autorità canadesi rappresentano una fonte utilizzata in maniera diffusa per l'esatta definizione dei diritti spettanti alle comunità native, sia prima della *patriation* che successivamente.

Vari elementi concorrono a ritenere che sia esistente una consuetudine costituzionale in tal senso. Oltre al reiterato comportamento in tal senso e la più volte confermata volontà del Governo di procedere in tale direzione⁵⁵, è la stessa Corte suprema che in alcune sue più rilevanti pronunce sottolinea la necessità di ricomporre le contrapposizioni che possono sorgere nella società canadese con la negoziazione e la partecipazione dei soggetti coinvolti. I giudici, fin dal loro primo *Reference* sulla *patriation*⁵⁶ della Costituzione hanno ammesso la legittimità di tale procedura, richiamando espressamente il principio in base al quale è necessario raggiungere un certo grado di consenso fra i contraenti; inoltre, nel più recente *Reference* sulla secessione del Québec⁵⁷, la Corte individua quattro princi-

⁵³ R. E. GOODIN, *Designing Constitutions: The Political Constitution of a Mixed Commonwealth*, in R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, 1996, p. 228 ss.; I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Reassessing the Paradigm of Domestication*, cit., p. 239 ss.

⁵⁴ J. BORROWS, *Creating an Indigenous Legal Community*, in *McGill Law Journal*, 2005, p. 153 ss.; ID., *Whit or Without You: First Nations Law (in Canada)*, ivi, 1996, p. 640 ss.; G. ERASMUS, J. SANDERS, *Canadian History: An Aboriginal Perspective*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 7.

⁵⁵ Le autorità federali, nel 1973, hanno confermato la loro ferma intenzione di stipulare trattati con quelle tribù che ancora non avevano provveduto a farlo e che risiedevano prevalentemente nei territori della British Columbia, del Québec, del Labrador e del Nord. Sul punto si vedano M. ASCH, N. ZLOTKIN, *Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations*, in M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, cit., 208 ss.

⁵⁶ *Re Resolution to Amend Constitution* (1981) 1 S.C.R. 753.

⁵⁷ *Reference re Secession of Québec* (1998) 2 S.C.R. 217. Sul problema si vedano D. LOPRIENO, *Origini e conseguenze del Renvoi relativo alla secessione del Québec*, in *Amministrazione*, 1-2. 2002, p. 267 ss.; S. CHOUDHRY, R. HOWSE, *Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 13, 2000, p. 156 ss.; N. DES ROSIERS, *From the Québec veto to Québec Secession: The Evolution of the supreme Court of Canada on Québec-Canada Disputes*, *ibidem*, p. 183 ss.; D. M. WEINSTOCK, *Toward a Proceduralist Theory of Secession*, *ibidem*, 251 ss.; M. MOORE, *The Ethics of Secession and a Normative Theory of*

pi cardini dell'ordinamento canadese, fra cui spiccano quello del rispetto delle minoranze e della democrazia (oltre a federalismo e costituzionalismo, inteso come principio di legalità). Questi due principi, interpretati come un'endiadi, confermano come le tessere del mosaico del sistema canadese, debbono trovare un *modus vivendi*, le cui determinazioni non possono essere il frutto della mera affermazione del principio di maggioranza, ma debbono configurarsi come il prodotto di un processo negoziale e consensuale.

Inoltre, proprio in tema di minoranze autoctone la sentenza *Delgamuukw* ha ribadito come le questioni relative alle interazioni fra Nativi e istituzioni federali e provinciali debbano essere regolate attraverso meccanismi di partecipazione e negoziazione, al fine di ridurre il contenzioso⁵⁸.

In questa pronuncia, i giudici sostennero che:

«Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.»

Tale conclusione è stata espressamente ribadita, nella sentenza *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*⁵⁹. In questo caso, la Corte suprema ha stabilito che il Governo ha il dovere di consultarsi con le popolazioni aborigene al fine di conciliare i diversi interessi. Precisamente, i giudici supremi affermarono:

«The duty to consult and accomodate is part of a process of a fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution». (...)

Treaties serve to reconcile pre-existing Aboriginal sovereignty with assumed Crown sovereignty, and to define Aboriginal rights guaranteed by s. 35 of the Constitution Act, 1982. Section 35 represents a promise of rights recognition (...) This promise is realized and sovereignty claims reconciled through the process of honourable negotiation (...). This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate. ».

Nationalism, *ibidem*, p. 225 ss.; W. KYMLICKA, *Federalism and Secession: At Home and Abroad*, *ibidem*, 2007; T. GROPPi, *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali*, cit., 19 ss.; N. OLIVETTI RASON, *A proposito della secessione del Québec: tre quesiti e quattro risposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 889 ss.; J. WOEHLING, *La Cour Suprême du Canada et la sécession du Québec*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 37, 1999; D. P. HAYLAN, *A Constitutional Duty to Negotiate Amendments: Reference Re Secession of Quebec*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 48 ss.; D. PROULX, *La sécession du Québec: principes et mode d'emploi selon la Cour Suprême du Canada*, in *Revue belge de droit constitutionnel*, 4, 1998, p. 373 ss.; G. POGGESCHI, *Il diritto alla secessione del Québec secondo la Corte suprema del Canada*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1998, p. 1173 ss.

⁵⁸ *Delgamuukw* (1997), 153 D. L. R. (4th) 193 (S. C. C.). L. LAND, R. TOWNSHEND, *Land Claims*, cit. p. 59 ss.

⁵⁹ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* 2004 SCC 73.

Analoghe considerazioni furono svolte dal massimo organo giurisdizionale nella sentenza *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*⁶⁰ (in cui si conferma appieno la precedente sentenza sul caso *Haida*, anche se l'esito non è stato favorevole alla comunità aborigena) e nella sentenza *Mikisew Cree First Nation*⁶¹.

Nella prima, il collegio sostenne:

«As discussed in *Haida*, the process of consultation may lead to a duty to accommodate Aboriginal concerns by adapting decisions or policies in response. The purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to facilitate the ultimate reconciliation of prior Aboriginal occupation with *de facto* Crown sovereignty. Pending settlement, the Crown is bound by its honour to balance societal and Aboriginal interests in making decisions that may affect Aboriginal claims. The Crown may be required to make decisions in the face of disagreement as to the adequacy of its response to Aboriginal concerns. Balance and compromise will then be necessary».

Nella seconda, la Corte suprema ribadì, ancora una volta, il concetto dell'obbligo di consultazione del Governo con le tribù, sottolineando, in primo luogo come la pervicace volontà di porre in essere degli atti (nel caso specifico la costruzione di una strada sul limitare di una riserva *Mikisew*) senza consultarsi opportunamente con gli abitanti interessati, costituiva nello specifico una violazione del Trattato n. 8 stipulato con la tribù nel 1899 (in quanto pregiudicava i diritti di caccia ivi riconosciuti) e, in secondo luogo, andava a minare il processo di riconciliazione fra i Nativi e le istituzioni pubbliche.

In base a questi elementi, pare possibile, dunque, ammettere l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento, che obbliga i vari attori del pluralismo sociale e istituzionale canadese a realizzare trattative per trovare soluzioni concordate e non unilaterali.

4. I criteri interpretativi dei diritti degli aborigeni.

Oltre alla definizione degli *inherent rights*, (sia quelli *existing* sia quelli definiti dai trattati) molteplici controversie sono sorte relativamente all'interpretazione dei trattati fra le autorità canadesi e le comunità autoctone. La Corte suprema sembra avere costantemente dimostrato di accogliere interpretazioni estensive di queste fonti, come nella sentenza *Nowegijick v. The Queen*⁶² in cui ha stabilito che espressioni dubbie di trattati e leggi relative agli Indiani devono essere interpretate in modo favorevole a questi ultimi.

Inoltre, nel caso *Delgamuukw*, i giudici supremi hanno ribadito che ai diritti aborigeni deve essere concessa la preminenza sul diritto comune, anche se, nella stessa pronuncia, si sottolinea come non possono essere escluse delle limitazioni ai diritti delle comunità, le

⁶⁰ *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)* 2004SCC74.

⁶¹ *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2005) 3 S. C. R. 388.

⁶² *Nowegijick v. The Queen* (1983), 144 D. L. R. (3d) 193 (S. C. C.).

quali però devono iscriversi all'interno della speciale relazione fiduciaria esistente fra la Corona e le comunità autoctone⁶³.

Inoltre, nel caso *R. v. Badger*⁶⁴, lo stesso organo giurisdizionale ha affermato che i trattati sono “sacri”, per cui ogni limitazione dei diritti degli Indiani sulla base dei trattati deve essere definita in maniera restrittiva. I giudici hanno, inoltre, affermato, in quest'ultima pronuncia, il principio che le norme dei trattati sono vincolanti non solo per le parti contraenti ma anche nei confronti dei privati. Infatti, viene riconosciuto, in base agli accordi, che i diritti di caccia (finalizzati esclusivamente al sostentamento dei membri della tribù) possono essere esercitati anche su terreni privati, a meno che il diritto di proprietà si configuri in modo manifestamente incompatibile con attività di tipo venatorio (ad esempio, se i terreni sono recintati o vi siano abitazioni nelle vicinanze). Tale deroga alla proprietà privata è giustificabile – per la Corte – con il fatto che gli Indiani, quando hanno firmato il Trattato, non erano in grado di comprendere appieno il significato di proprietà privata⁶⁵.

Addirittura, la maggioranza dei giudici della Corte suprema nel caso *R. v. Marshall*⁶⁶ sostenne un'interpretazione teleologica dei termini di un trattato al fine di rendere effettivo un diritto che pure non era menzionato nel testo scritto⁶⁷. Questo perché il documento non riportava tutte le condizioni che effettivamente erano state negoziate nel trattato del 1760, cioè era necessario capire quali erano stati effettivamente gli obiettivi dei contraenti, anche se non palesemente esplicitati e non fermarsi al mero dato testuale.

L'interpretazione doveva:

«not only by reference to the fragmentary historical record (...) but also in light of the stated objectives of the British and Mi'kmaq in 1760 and the political and economic context in which those objectives were reconciled».

La derogabilità della normativa comune da parte dei diritti sanciti nei trattati è stata ancora recentemente riconfermata nella sentenza *R. v. Morris*⁶⁸, in cui la Corte ha ritenuto che una normativa provinciale sulla caccia, il *Wild Life Act* del 1982, che proibisce la caccia notturna con l'ausilio di apparecchiature luminose per ragioni di sicurezza, pur essendo pienamente legittima, non può essere applicata ai membri della *Tsarlip Band* della *Saanich Nation*, in quanto il *North Saanich Treaty* del 1852 consentiva la caccia notturna

⁶³ J. MATTHEWS GLENN, A. C. DROST, *Aboriginal Rights*, cit., p. 179 ss.; B. NICKELS, *Native American Free Passage Rights Under the 1794 Treaty: Survival Under States Statutory Law and Canadian Common Law*, in *Boston College of International and Comparative Law Review*, 2, 2002, p. 313 ss.

⁶⁴ *R. v. Badger*, (1996) S. C. J., 39, 10.

⁶⁵ P. MACKLEM, *The Impact of Treaty 9 on Natural Resource Development in Northern Ontario*, in M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights*, cit., 98 ss.

⁶⁶ *R. v. Marshall* (1999) 3 S.C.R. 456.

⁶⁷ P. MONAHAN, *Constitutional Law*, Toronto, p. 453 s.

⁶⁸ *R. v. Morris* (2006) 2 S. C. R. 915.

agli esponenti della tribù e poiché il criterio della sicurezza nel caso concreto era stato rispettato dai ricorrenti, Morris e Olsen, il divieto generale non poteva applicarsi, pena la violazione del trattato.

Le difficoltà esegetiche relative all'esistenza e all'attuazione dei diritti degli autoctoni rappresentano anche un significativo incentivo per le autorità federali a stipulare nuovi trattati con le tribù. Infatti, l'obiettivo delle autorità federali è quello di definire, attraverso procedure consensuali, con maggiore certezza i diritti e gli obblighi delle comunità aborigene, nell'interesse pubblico di tutti i cittadini⁶⁹, mentre, quello delle comunità autoctone sembra consistere nella possibilità di disporre di diritti certi e incontestabili sul territorio, sì da non dover affrontare lunghi e costosi contenziosi giudiziari⁷⁰. Il fine non è solo quello di codificare gli *existing rights*, la cui individuazione propone non poche difficoltà, ma anche quello di rinegoziare su basi completamente nuove e moderne il rapporto fra *Natives* e non.

La consapevolezza dell'inadeguatezza dell'approccio tradizionale nell'interpretazione dei diritti delle popolazioni autoctone è stato particolarmente presente nelle pronunce della Corte suprema, che, in particolare, nella sentenza *Sparrow*, specificò che:

«an existing aboriginal right cannot be read so as to incorporate the specific manner in which it was regulated before 1982. The notion of freezing existing rights would incorporate into the Constitution a crazy patchwork of regulations (...) the phrase “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. (...). the right to do so may be exercised in a contemporary manner».

Emerge, dunque, la consapevolezza da parte delle autorità canadesi che i rapporti fra le due culture non possano essere più regolate da tradizioni e consuetudini, in un mondo in cui lo sviluppo economico e sociale di una comunità, retto dai meccanismi della globalizzazione, non può più basarsi esclusivamente sulla caccia e la pesca. In fondo, la tutela ambientale, lo sviluppo dei trasporti, lo sfruttamento del territorio devono trovare un temperamento con gli interessi delle comunità autoctone e, seppure con significativi sforzi interpretativi, i diritti atavici non sembrano più rispondere in modo sufficiente e adeguato a queste sfide.

Tuttavia, su questo punto non sono mancate incertezze. Infatti, nella sentenza *Van der Peet*, in cui alla ricorrente si contestava il fatto che la vendita di salmone potesse rientrare

⁶⁹ Obiettivo proclamato, ma forse non raggiunto, attraverso i trattati. Infatti, anche dopo la loro stipulazione non mancano i contenziosi. A titolo esemplificativo si possono citare le controversie giudiziarie che hanno accompagnato il *James Bay and Northern Québec Agreement* (1975), che, dopo più di venti anni dalla sua firma, è stato oggetto di ben sette sentenze di organi giurisdizionali provinciali sul trattato e che, sostanzialmente, hanno impedito alla Provincia il pieno sfruttamento idroelettrico del proprio territorio settentrionale, M. ASCH, N. ZLOTKIN, *Affirming Aboriginal Title*, cit., p. 219 e nota 58.

⁷⁰ G. OTIS, A. EMOND, *Affirming Aboriginal Title*, cit., p. 554.

fra gli *existing rights*, la maggioranza dei giudici sostenne che la commercializzazione dei prodotti costituiva un elemento accessorio e occasionale delle pratiche poste in essere dalla tribù aborigena alla quale la ricorrente apparteneva; la rilevanza commerciale dei prodotti si era venuta ad apprezzare soltanto dopo l'arrivo dei colonizzatori europei, per cui non poteva essere riconducibile a un *inherent right*.

Solo i due giudici dissenzienti, Hereux Deubé e McLachlin, sottolinearono come i diritti delle comunità indigene dovrebbero essere interpretati alla luce dei valori attuali e non nella forma esistente all'epoca dei trattati:

«The “frozen right” approach would recognize practices, customs and traditions that existed from time immemorial and that continued to exist at the time of British sovereignty. This approach overstates the impact of European influence on aboriginal communities, crystallizes aboriginal practice as of an arbitrary date, and imposes a heavy burden on the persons claiming an aboriginal right even if evidentiary standards are relaxed. In addition, it embodies inappropriate and unprovable assumptions about aboriginal culture and society and is inconsistent with Sparrow which refused to define existing aboriginal rights so as to incorporate the manner in which they were regulated in 1982.»

L'opinione dissenziente dei giudici proseguì affermando:

«Underlying the “dynamic right” approach is the premise that “existing aboriginal rights” must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time. Aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, customs and traditions change and evolve with the overall society in which they live. This generous, large and liberal interpretation of aboriginal rights protected under s. 35(1) would ensure their continued vitality. Practices, customs and traditions need not have existed prior to British sovereignty or European contact. British sovereignty, instead of being considered the turning point in aboriginal culture, would be regarded as having recognized and affirmed practices, customs and traditions which are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of aboriginal people. This idea relates to the “doctrine of continuity”.»

Forse un parziale accoglimento della teoria dei *dynamic rights* è stato realizzato nella sentenza *Morris* già citata, in cui la Corte, dibattendo se gli indigeni potessero cacciare durante le ore notturne, così come loro permesso da un trattato, con l'ausilio di moderne attrezzature ha stabilito:

«The right of the Tsartlip to hunt at night with illuminating devices has of necessity evolved from its pre-treaty tools to its current implements, and the use of guns, spot lights

and motor vehicles reflect the current state of the evolution of the Tsartlip's historic hunting practices».

Tuttavia, la contrapposizione fra *frozen rights* e *dynamic rights* può essere risolta con la negoziazione di nuovi accordi, che potrebbero procedere alla riformulazione consensuale dei diritti atavici, al fine di disciplinare altri aspetti della vita delle comunità autoctone in maniera più moderna e maggiormente aderente alle necessità attuali.

Un esempio di questo approccio è il Trattato *Nisga'a*⁷¹, che non parla espressamente di estinzione ma ribadisce come il trattato rappresenti l'unica fonte che disciplina i diritti della tribù in maniera esclusiva e completa. Il Trattato recita: «The Final Agreement will constitute the full and the final settlement, and will exhaustively set for the aboriginal title, rights and interest within Canada of the Nisga'a Nation and its people in respect of the Nisga'a lands and other lands and resources in Canada, and the scope and geographical extent of all treaty rights of the Nisga'a Nation, including all jurisdictions, powers, rights, and obligations of Nisga'a government».

In base a questo Trattato, i Nativi godono dell'esclusivo controllo delle risorse di un'area, paragonabile a circa un decimo di quella storicamente occupata, in cambio della fine dell'esenzione del pagamento delle imposte per gli Indiani.

Tuttavia, il concetto di estinzione non è condiviso dalle tribù indiane, né da parte della dottrina, la quale ritiene che ciò sia in contrasto con l'art. 35 del *Constitution Act* del 1982, che espressamente riconosce gli *Aboriginal rights* e che, pertanto, non potrebbero essere estinti attraverso fonti primarie (seppur di rango costituzionale, quali i trattati). Inoltre, la *extinguishment policy* sarebbe in contrasto con i principi affermati dalla Corte suprema che ha ritenuto i diritti aborigeni inalienabili e basati sul rapporto fiduciario originatosi storicamente fra la Corona e le comunità indigene⁷².

Inoltre, la Corte, nel caso *Sparrow*, affermò che i diritti degli autoctoni non possono essere considerati estinti, neppure se sussiste un'ampia e dettagliata disciplina legislativa contraria ai diritti atavici. La volontà di procedere all'estinzione di situazioni giuridiche dei membri delle tribù deve essere «*clear and plain*» e - come specificato nel caso *Delgamuukw* - una legge provinciale non potrebbe dichiarare l'estinzione dei diritti degli autoctoni, in quanto il requisito proposto nella sentenza *Sparrow*, che richiede un intento «*clear and plain*», non sarebbe soddisfatto che da un intervento legislativo il cui oggetto fosse esplicitamente la disciplina relativa agli Indiani, che è di competenza federale, così come stabilisce l'art. 91, par. 24, del *Constitution Act*, che attribuisce al parlamento federale la competenza su «Indians and lands reserved for the Indians».

⁷¹ Il Trattato, la cui negoziazione era iniziata nel 1989, fu ratificato dall'assemblea legislativa della British Columbia il 22 aprile 1999, venne approvato dalla Camera dei Comuni il 13 ottobre 1999 e dal Senato il 13 aprile 2000.

⁷² M. ASCH, N. ZLOTKIN, *Affirming Aboriginal Title*, cit., p. 211 ss.

Tuttavia, questa impostazione teorica sembra contrastare con altre pronunce del supremo organo giurisdizionale federale, che hanno espressamente ritenuto efficaci delle norme dei trattati che estinguevano dei diritti ancestrali su alcuni territori⁷³.

Una soluzione che potrebbe conciliare entrambe le posizioni potrebbe essere quella della teoria del “mutuo riconoscimento”, per il quale la Corona e le tribù indiane su posizioni di parità rinegoziano i termini dei loro accordi, senza parlare di “estinzione” di *Aboriginal titles*, prefigurando, in questo modo una sostanziale equivalenza delle parti contraenti, rifuggendo, quindi, dall’assunto per il quale vi sarebbe una superiorità dell’ordinamento legale bianco (che estingue) rispetto a quello degli autoctoni basato sulle tradizioni (che viene estinto)⁷⁴.

5. Profili problematici relativi al riconoscimento dei diritti autoctoni.

La vicenda relativa al riconoscimento dei diritti comunitari in Canada evidenzia le tensioni che emergono fra le specificità territoriali e culturali di alcuni gruppi e la spinta all’universalizzazione dei diritti, che, invece, tende a rendere gli individui eguali a ciascun altro.

Molti ordinamenti evidenziano quanto sia precario - specie sul fronte dei diritti fondamentali - l’equilibrio tra esigenze unitarie e valorizzazione delle specificità territoriali; e come esso debba essere istituzionalmente rafforzato in virtù di particolari meccanismi o formule costituzionali. L’esperienza comparata mostra sia casi in cui le istanze sociali hanno prevalso su quelle territoriali, sia fattispecie in cui i diritti all’identità territoriale si sono affermati in forme derogatorie rispetto a quelli universali della persona.

Il pendolo è in continuo movimento per cui l’equilibrio tra diritti delle comunità e della persona, tra identità personale o comunitaria, può essere assicurato soltanto dalle Costituzioni, attraverso la codificazione di specifici principi e procedure, che possono contribuire a trovare soluzioni idonee ad evitare l’insorgere di conflitti paralizzanti⁷⁵.

5.1. Riconoscimento delle differenze e principio di eguaglianza.

L’applicazione del principio del riconoscimento delle specificità dei popoli indigeni ha causato alcuni conflitti nell’ordinamento giuridico canadese, la cui soluzione solleva delle perplessità, soprattutto per quanto concerne il rispetto del principio di eguaglianza. Infatti,

⁷³ *Siouxi v. Québec (A. G.)* (1990) 1 S. C. R. 1025, 70 D. L. R. (4th) 427, in cui si afferma che i diritti atavici non possono essere estinti senza il consenso degli Indiani stessi e ancora si veda *Ontario (P. G.) v. Bear Island Foundation* (1991) 2 R.C. S. 570, 83 D. L. R. (4) 381 e *Howard v. R.* (1994) 1 R. C. S. 299, 90 C. C. C. C.

⁷⁴ G. OTIS, A. EMOND, *Affirming Aboriginal Title*, cit., p. 564 ss.

⁷⁵ N. TORBISCO, *Il dibattito sui diritti collettivi delle minoranze culturali. Un adeguamento delle premesse teoriche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 117 ss.

si può ragionevolmente affermare che norme sull'integrità culturale possano promuovere una tendenza a ignorare i diritti fondamentali confliggendo con le norme della tradizione⁷⁶.

Emblematiche, in tal senso, si presentano le vicende relative all'eguaglianza fra i sessi, ambito in cui i contrasti fra diritti universali e diritti delle comunità autoctone hanno posto drammaticamente di fronte a una scelta fra salvaguardia di principi specifici della cultura occidentale e valori fortemente sentiti dalle comunità aborigene.

Ad esempio, si è proposto molte volte il contrasto fra i diritti delle identità nazionali autoctone e la rivendicazione delle donne indigene al rispetto del principio di non discriminazione in base al sesso. Emblematico in tal senso è il caso *Lavell*⁷⁷ del 1974. Jeanette Lavel era una delle migliaia di donne indiane che, avendo sposato un non-Indiano, aveva perso, in base all'*Indian Act*, lo *status* di Indiana, il quale non poteva essere trasmesso neppure ai suoi figli. La ricorrente lamentava che la norma legislativa discriminava le donne, in quanto lo stesso trattamento (e cioè la perdita dello *status* e l'intrasmissibilità dello stesso alla prole) non veniva esteso agli uomini che sposavano donne non appartenenti alle comunità aborigene.

La Corte suprema giudicò non discriminatorio il differente trattamento fra uomini e donne appartenenti a tribù indiane, sostenendo che in realtà tutte le donne indiane godevano dello stesso trattamento, così come tutti gli uomini indiani.

Tale decisione fu oggetto di apprezzamenti particolarmente critici e anche il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel 1983, nel caso *Lovelace*⁷⁸, sostenne che le norme dell'*Indian Act* costituivano una discriminazione in base al sesso.

⁷⁶ W. KYMLICKA, *Theorizing Indigenous Rights* cit., 292 ss. In un ambito più ampio si vedano G. ROLLA, *Protection of Cultural Identity and Citizenship in Multiethnic Legal Systems: The Canadian Experience*, in M. RUBBOLI (ed.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Genova, 2003, p. 21 ss.; ID., *The Protection of Multiculturalism*, cit.; G. PASSANITI, *Gli Arbitration Tribunals nella realtà multi-etnica canadese, multiculturalismo vs. eguaglianza*, in G. ROLLA (ed.), *Eguali, ma diversi*, cit., 232 ss.

⁷⁷ *Attorney General of Canada v. Lavell and Belard*, 1974 S. C. R. 1349. Sul problema si vedano D. GRESCHNER, *The Purpose of Canadian Equality Rights*, in *Review of constitutional studies*, 6, 2, 2002, p. 313 ss.; J. F. SOYERS, *First Nation Women: Governance and the Indian Act: A Collection of Policy Research Reports*, Ottawa, 2001; S. VOLTERRA, *I diritti delle minoranze delle donne e dei "gruppi deboli" in Canada*, in S. GAMBINO, G. FABBRINI (a cura di), *Regione e governo locale fra decentramento istituzionale e riforme. Esperienze e culture a confronto*, Rimini, 1997, p. 527; ID., *La donna nella giurisprudenza della Suprema Corte federale del Canada*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1996, 247; R. F. DEVLIN, *The Charter and Anglophone Legal Theory*, in *Review of Constitutional Studies*, 4, 1997, p. 56 ss.; D. GRESCHNER, *Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice*, in *University of British Columbia Law Review*, 1992, p. 338 ss.

⁷⁸ *Lovelace v. Canada* (1983), 1 Can. Hum. Rts. Y. B. 305 (U.N.H.R.C.). Basandosi sul rispetto dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici dell'ONU, che invoca la salvaguardia dell'integrità culturale dei gruppi etnici, le autorità canadesi negarono il rientro nella tribù a una donna indiana divorziata da un uomo bianco. Il Comitato ONU per i diritti umani sostenne (*Lovelace v. Canada*) che questo comportamento violasse il principio di eguaglianza fra i sessi richiamato nel Patto, in quanto lo stesso trattamento non veniva imposto a un uomo appartenente alla stessa tribù: sul punto si veda F. DE VARENNES, *Language, Minorities and Human Rights*, Boston-London, 1996, p. 169.

Questa situazione discriminatoria perdurò almeno fino al 1985, anno in cui l'*Indian Act* fu modificato in modo tale da espungere tutte le norme contrarie agli articoli 15 (divieto di non discriminazione) e 28 (principio di eguaglianza fra uomo e donna) della Carta dei diritti e delle libertà. Tuttavia, il massimo organo giurisdizionale, nel 1986, respinse la richiesta di estendere alle donne indiane l'applicazione di leggi provinciali riferite alla divisione dei beni in seguito a divorzio e al diritto di occupazione della casa familiare, sostenendo che le leggi non potevano applicarsi all'interno delle riserve⁷⁹.

Non a caso nella lotta per l'affermazione del principio di eguaglianza fra i sessi, le donne aborigene hanno espressamente invocato l'applicazione delle leggi federali e provinciali e, in particolare, della Carta dei diritti e delle libertà, piuttosto che il riconoscimento di norme indigene tradizionali⁸⁰.

5.2 Principio di eguaglianza e giustizia penale.

Un altro esempio, che pone in luce la distanza fra la cultura degli autoctoni e l'ordinamento giuridico canadese, può essere tratto dalla legislazione penale⁸¹. L'applicazione di meccanismi sanzionatori tipici delle culture autoctone rappresenta un'aspirazione tradizionale delle popolazioni aborigene. Tali richieste hanno trovato ulteriori spazi di affermazione sia a seguito dell'abbandono da parte delle istituzioni federali delle politiche di assimilazione degli indigeni, favorendo e valorizzando, al contrario, l'utilizzazione di pratiche e regole tradizionali, sia perché l'ordinamento penale si dimostra sempre più sensibile verso la ricerca di soluzioni alternative al carcere. Tuttavia, non mancano difficoltà nel contemperare istituti processuali della tradizione giuridica occidentale con quelli provenienti dalle comunità autoctone.

Fra i rimedi alternativi alla pene mutuati dalla tradizione aborigene, merita citare l'esperienza degli *Aboriginal Justice Circles*, una sorta di udienze, in cui l'obiettivo è quello di reintegrare il colpevole nella comunità e lenire le ferite che ivi ha prodotto con il suo gesto.

Nel 1992, dopo la sentenza *R. v. Moses*⁸², si è iniziato a utilizzare i *circles*, una sorta di processi che si svolgono all'interno della comunità autoctona che possono essere utiliz-

⁷⁹ E. PALICI DI SUNI, *Intorno alle minoranze*, cit., p. 154.

⁸⁰ T. NAHANE, *Dancing with a Gorilla: Aboriginal Women, Justice and the Charter*, in AA. VV., *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, 1993. A livello più generale si vedano O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?*, in *Derecho y libertades*, 13, 2004, p. 399 s.; M. DEVEAUX, *Conflicting Equalities? Cultural Group Rights and Sex Equality*, in *Political Studies*, 48, 2000, p. 522 ss.; D. S. BEARY, *Conflicts between Minority Women and Traditional Structures: International Law, Rights and Culture*, in *Social and Legal Studies*, 7, 1998, p. 55 ss.

⁸¹ P. MACKLEM, *Aboriginal peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution*, in *University of British Columbia Law Review*, 1992, p. 280 s.

⁸² *R. v. Moses* (1992) 1 CNLR, (1992) 71 CCC (3d) 347, 11 CR (4th), 357.

zati per definire la pena da comminare (*sentencing circle*), oppure le modalità per il progressivo reinserimento nella società del colpevole (*healing circle*). E' possibile realizzare un *circle*, quando il reo si è dichiarato colpevole ed è già stato condannato da un giudice. Inoltre, è necessario che vi sia il consenso dell'imputato e sia formalizzato il suo impegno a rispettare le decisioni prese nel *circle*, in base alle quali le pene possono essere: la libertà vigilata (*supervised probation*), un periodo di isolamento o la prigione⁸³. Le conclusioni del *circle*, se condivise dalla corte, devono essere ratificate dal giudice competente per il processo.

Nei *circles*, in genere, partecipano l'accusato e i suoi parenti, la vittima e i suoi familiari, un traduttore, il giudice, l'anziano della tribù, il consiglio della tribù (o a seconda delle tribù, l'intera comunità), il pubblico ministero, l'avvocato difensore, il sindaco, gli operatori medici e sociali della comunità e il funzionario che controlla la condotta di coloro che sono sottoposti a libertà vigilata. Tutti i partecipanti siedono in cerchio e ciascuno membro del *circle* è invitato dal presidente a parlare, senza interruzioni da parte degli altri: il reo deve ammettere le responsabilità delle sue azioni e spiegare alla vittima prima e alla comunità poi le ragioni del suo agire e, talvolta, le ammissioni sono accompagnate dall'impegno a risarcire sia in forma economica che con prestazioni personali. I membri della comunità esprimono le loro posizioni riguardo al reato e all'accusato e le conseguenze che le azioni criminali hanno determinato e anche la vittima è chiamata ad esternare i suoi sentimenti. Dopo di ciò, si dibatte della possibilità o meno di reintegrare l'accusato nella comunità.

Nel 1993, una coppia della *Hollow Water* in Manitoba (una riserva a 160 km a nord-est di Winnipeg), rea di numerosi e ripetuti abusi sessuali sulle proprie figlie, fu condannata a tre anni con una sospensione condizionale della pena da scontare all'interno della tribù dietro la guida dei membri anziani della comunità. L'inequivocabile lievità della pena comminata si spiega con il fatto che la Corte aveva accolto il concetto di colpevolezza presente nelle tribù indiane, per il quale anche il reo è contestualmente una vittima per cui la pena non può essere l'allontanamento dalla comunità ma, anzi, il contrario, quest'ultima deve farsi carico del colpevole e aiutarlo nel ritrovamento della giusta condotta⁸⁴.

Un'altra soluzione applicata specificamente per le comunità autoctone è costituita dai *Youth Justice Committees*, i quali svolgono la funzione di fornire delle raccomandazioni

⁸³ In un caso dei primi anni '90, la Corte del Territorio dello Yukon adottò un *sentencing circle*, una procedura – il cui elemento chiave è dato dalla preghiera – in base alla quale sono coinvolti nella definizione della pena sia il colpevole, che la famiglia dello stesso, i rappresentanti della comunità, i membri della corte e i familiari della vittima. Il risultato di questa procedura fu l'allontanamento del reo dalla comunità ma non per essere tradotto in un istituto di pena ma in un'isola deserta nella quale doveva provvedere alla sua sopravvivenza.

⁸⁴ E. LAROCQUE, *Re-examining Culturally Appropriate Models in Criminal Justice Applications*, in M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, cit., 75 ss.

ai giudici prima che emettano la sentenza. I *committees* incontrano il presunto colpevole, la vittima e i suoi familiari previamente all'adozione di un parere, che, in genere, è orientato verso l'adozione di soluzioni alternative al carcere.

Infine, nel 1992, il *Corrections and Conditional Release Act* fu emendato al fine di introdurre delle norme specifiche per i detenuti aborigeni: in base all'art. 81 della legge, le comunità possono allestire dei centri di recupero (*healing lodges*) in cui i detenuti possono essere trasferiti dopo la sentenza. Inoltre, l'art. 84 stabilisce che la libertà condizionata (*asking for parole*) può essere trascorsa all'interno della comunità, la quale provvederà a un piano di recupero e di integrazione del colpevole. Generalmente, siffatte procedure sono gestite dai *Community Justice Committees*, i quali molto spesso prima di accettare il reo lo obbligano a partecipare a cerimonie particolari, o digiuni spirituali con gli anziani.

Tali strumenti alternativi di risoluzioni delle controversie penali implicano un'accettazione totale dei valori della tribù aborigena, che enfatizzano la dimensione della riabilitazione piuttosto che quella della sanzione e che spostano sulla comunità il compito di rieducare il condannato. In sostanza, prevale un sistema di giustizia compensativa piuttosto che correttiva, cioè si tende a «ripristinare un equilibrio disturbato mediante compensazione alla parte offesa»⁸⁵, piuttosto che infliggere una punizione al colpevole. Il *focus* si sposta “from a language of claims and rights that are typical of legal discourse to a language grounded in the shared interests, mutual experiences and inter-dependencies of parties”⁸⁶.

Tuttavia, questo approccio è in parte contrastante con i principi della legislazione penale di qualsiasi ordinamento occidentale, che, tende a distinguere nettamente il colpevole e la vittima⁸⁷ e proprio, in questa ottica, allontana i primi (in luoghi appositamente determinati) dalla società anche nel rispetto delle vittime stesse. Al contrario, nell'esperienza dei *circles*, poiché la vittima e l'aggressore appartengono alla stessa tribù, questi si trovano in uno stato di costante contiguità.

Un altro aspetto critico relativo ai *circles* riguarda la distribuzione del potere all'interno delle cerimonie. L'accoglimento, infatti, dei principi fondati sulla tradizione delle comunità implica che i riti siano immutabili e che traggono origine dalla tradizione consolidata, da usi ripetuti che non trovano alcuna codificazione ma che testimoniano un'obbedienza alla consuetudine. In questo modo, si aderisce a una visione statica del mondo che vede nel ripetersi di comportamenti e nel tramandarsi delle tradizioni, i fondamenti costi-

⁸⁵ F. E. OPPENHEIM, *Giustizia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, p. 442 s.

⁸⁶ D. S. WALL, *Canadian Aboriginal Justice*, cit., p. 178.

⁸⁷ Per essere sintetici: «Buoni e cattivi non sono alla pari». Così dice Creonte nel dialogo con Antigone (Sofocle, *Antigone*, Torino, 1966, trad. it. di G. Lombardo Radice, p. 27).

tutivi della società⁸⁸. Ciò determina, per esempio, che nei *circles*, l'autorità è esercitata dagli anziani e praticamente nei rituali sono escluse le donne o gli individui più giovani⁸⁹. Inoltre, anche i ruoli del pubblico ministero e dell'avvocato difensore sono ridotti a scapito dei membri anziani. Di conseguenza, si attenua la tradizionale contrapposizione dei processi tradizionali nei quali emergono due posizioni in antitesi, ciascuna delle quali viene vagliata e giudicata da un terzo imparziale; nel caso dei *circles*, invece, emerge significativamente la posizione della comunità che finisce per prevalere sulle altre.

In questo modo, la tradizionale contrapposizione fra accusa e difesa, le cui posizioni sono vagliate da un soggetto terzo imparziale (il giudice) e la loro sostanziale "parità di armi" si attenuano, a favore della posizione della comunità.

5.3 Pluralismo istituzionale, identitarismo autoctono e diritti individuali.

L'affermazione dei diritti delle popolazioni aborigene può presentare almeno altri due profili problematici: il primo concerne la questione della differenza di trattamento tra indigeni e non che vivono su uno stesso territorio; il secondo riguarda la questione dell'auto-governo.

Il riconoscimento di un'autonomia politica agli autoctoni su determinati porzioni di territorio produrrebbe discipline differenziate fra coloro che appartengono alle tribù e quelli che non sono indiani. Infatti, i già citati *existing rights*, i quali si configurano come diritti derogatori alla normativa generale possono essere esercitati dai popoli autoctoni, mentre, i non autoctoni sono soggetti ad altre norme. Tale differenziazione potrebbe, ad esempio, creare delle difficoltà rispetto ai diritti reali di proprietà fondiaria, che, per gli aborigeni sono di tipo collettivo, mentre, per i non autoctoni si configurano individualmente. Pertanto, vi sarebbe un problema di armonizzazione fra i diritti di proprietà individuali che sono esercitati su terre soggette all'uso e all'occupazione dei membri delle tribù.

Ulteriori ambiti conflittuali riguardano la controversa questione relativa all'applicazione delle norme dei trattati aborigeni su coloro che, pur risiedendo nel territorio indiano, non appartengano alla tribù. Recentemente, nel caso *R. v. Decorte*⁹⁰, la Corte suprema canadese ha stabilito che i poliziotti della riserva possono legittimamente esercitare i loro compiti anche al di fuori della riserva e nei confronti di soggetti non appartenenti alle *First Nations*. Il caso riguardava Cecil Decorte, il quale, rifiutandosi di effettuare un test alcolico a un posto di blocco, era stato sottoposto a fermo da parte di due poliziotti indiani, che svolgevano le loro funzioni in base all'*Anishinabek Police Service Agreement 1999-2004*. Decorte aveva fatto ricorso, sostenendo che il suo fermo era illegittimo in quanto realizza-

⁸⁸ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 2004, p. 476 s.

⁸⁹ D. S. WALL, *Canadian Aboriginal Justice*, cit., p. 175.

⁹⁰ *R. v. Decorte* 2005 S. C.C. 9.

tosì a seguito di eventi svolti al di fuori della riserva e non da agenti della polizia provinciale. La Corte suprema, invece, sostenne la piena legittimità dell'operazione in quanto la competenza ad agire dei poliziotti era stabilita nell'accordo trilaterale fra autorità federali, provinciali e territoriali del 1996 (*First Nations Policing Policy*), il cui fine era quello «to improve the administration of justice for First Nations through the establishment of First Nations police services that are professional, effective, and responsive to the particular needs of the community». In base all'accordo, il *Police Services Act* dell'Ontario dispone che i poliziotti indiani hanno gli stessi poteri degli ufficiali di polizia nell'espletamento di specifici doveri (*specific duties*). Questi ultimi furono definiti dall'*Anishinabek Police Service Agreement* sopra citato, che dispone che il servizio di polizia *Anishinabek* «exercises the powers of a police officer in and for the Province of Ontario», al fine di servire le comunità aborigeni ma non solo.

Un altro aspetto controverso, sempre relativo al riconoscimento dell'identitarismo autoctono, riguarda la possibilità di sottoporre a discipline più restrittive le norme relative al diritto di stabilimento di coloro che non appartengono alle *First Nations* nel territorio governato dagli autoctoni. Tale ipotesi potrebbe configurarsi legittima, in quanto un aumento sensibile di coloro che non appartengono al gruppo autoctono potrebbe influenzare la composizione degli organi di autogoverno, posto che i diritti politici devono essere garantiti a tutti i cittadini su base egualitaria⁹¹.

Il secondo ambito di potenziale contrasto emergente in caso di riconoscimento delle specificità aborigene concerne l'attribuzione di un diritto all'autogoverno delle popolazioni autoctone, soprattutto in relazione alle competenze della Federazione e delle Province.

Da più parti si sostiene come l'*inherent right* deve ineluttabilmente configurarsi come il diritto delle comunità indigene a darsi proprie regole e strutture per amministrare il territorio che era occupato prima dell'arrivo dei colonizzatori⁹². Si tratta di far coincidere il diritto allo sfruttamento delle terre con uno spazio territoriale su cui instaurare istituti di rappresentanza politica.

Anche in ambito internazionale vi è una tendenza a riconoscere alle popolazioni indigene il diritto all'autogoverno. Una riunione di esperti dell'ONU concluse che «i territori autoc-

⁹¹ G. OTIS, *Le libertà* cit., 248 ss. e, anche se su profili parzialmente diversi, ID., *Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada*, in *McGill Law Journal*, 2004, p. 395 ss.

⁹² A. SARANDREA, *Right to Self-Government e Indian Act: sviluppi normativi e violazioni del diritto all'autogoverno delle tribù indiane in Canada*, relazione presentata al convegno *Canada. Le rotte della libertà*, organizzato dall'Associazione italiana di studi canadesi, 5-8 ottobre 2005; G. WHITE, *Treaty Federalism in Northern Canada: Aboriginal-Government Land Claims Boards*, in *Publius*, 3, 2002, p. 89 ss.; G. M. FLICK, *Minoranze ed eguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 1, 2000, 3; G. OTIS, *Le libertà*, cit., p. 220; P. MACKLEM, *First Nations, Self-Governments and the Borders of the Canadian Legal Imagination*, in *McGill Law Journal*, 36, 1991, p. 382 ss.; B. CLARCK, *Native Liberty, Crown Sovereignty. The Existing Aboriginal Right of Self-Government in Canada*, Montréal, 1990.

toni e le risorse che contengono sono essenziali all'esistenza fisica, culturale e spirituale dei popoli autoctoni e al godimento effettivo dell'autonomia e dell'auto-amministrazione»⁹³.

In questo senso, possiamo utilizzare le parole del Presidente dell'Assemblea delle *First Nations*, National Chief Ovide Mercredi, che, a proposito del diritto aborigeno all'auto-governo, afferma: «Our right to govern ourselves does not come from European Proclamation or treaties; they just recognized what we were doing already. The Proclamation of 1763 did not create aboriginal land rights – it acknowledged them as pre-existing. We believe, as we are told by our Elders, that our peoples were placed on this land by the Creator, with a responsibility to care for and live in harmony with all her Creation. By living this way, we cared for the Earth, for our brothers and sisters in the animal world and for each other».

Tuttavia, l'accoglimento di questo principio ha incontrato molti ostacoli: in *primis*, da parte della Corte suprema, che si è mossa con circospezione su questo tema, rilevando come per l'affermazione di questo diritto sia necessario analizzare le condizioni storiche e culturali delle singole tribù⁹⁴.

In secondo luogo, anche da parte delle Province, che in qualche modo hanno sempre rivendicato con forza le competenze attribuite loro dal *British North America Act* e che temono che l'affermazione piena di un diritto di autogoverno delle tribù indiane finisca per sottrarre loro competenze.

Siffatte “vischiosità” possono essere superate tramite accordi specifici fra i livelli istituzionali federali e provinciali da una parte e le popolazioni aborigene dall'altra. Sono esempi significativi del tentativo di trovare un contemperamento fra i diritti specifici delle identità autoctone e quelli generali l'accordo con la *Sechelt Band* nella British Columbia del 1986, il Trattato *Nisga'a* ratificato dall'assemblea legislativa della British Columbia e la creazione del Territorio del *Nunavut*.

Per quanto concerne il primo, una legge federale ha consentito alla tribù dei *Sechelt* di adottare norme anche se in contrasto con discipline legislative federali e provinciali in molteplici ambiti, quali quello della regolazione del traffico e dei trasporti, uso della terra, cultura e tradizioni, celebrazione dei matrimoni, urbanistica fino all'istruzione dei componenti della tribù. Tuttavia, alcuni profili materiali che possono avere significative ripercussioni sulla vita degli aborigeni possono essere definiti unilateralmente dal Governo federale, quali ad esempio il controllo delle risorse minerarie oppure l'esproprio delle terre⁹⁵.

⁹³ *Rapport de la réunion d'experts chargées d'examiner l'expérience des pays dans le domaine d'application de plans d'autonomie interne en faveur des populations autochtones*, Nuuk (Groenlandia), 24-28 settembre 1991, E/CN.4/1992/42, citato in G. OTIS, *Le libertà*, cit., p. 239, nota 133.

⁹⁴ In questo senso si veda la già richiamata sentenza sul caso *Pamajewon*.

⁹⁵ M. ASCH, *Self-government in the New Millenium*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 65 ss.; M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di common law*, Padova, 2004, p. 116 ss.

A sua volta, il Trattato *Nisga'a*, stipulato nel 1998 dal Ministro canadese degli Affari indiani e del Nord, dal Premier della Columbia Britannica Glen Clark e da Joe Gosnell, Presidente delle popolazioni native *Nisga'a*, è un documento, frutto di venticinque anni di trattative e più di un secolo di dibattiti, che conferisce alle popolazioni *Nisga'a* il diritto all'autogoverno su oltre 2000 chilometri quadrati di territorio⁹⁶. Le istituzioni di autogoverno hanno competenze in materia di istruzione, servizi sociali, polizia, oltre che la potestà di imporre tributi. Tuttavia, l'esenzione delle tasse a favore degli Indiani sarà progressivamente soppressa in un periodo compreso fra gli otto e i dodici anni.

Inoltre, è prevista l'erogazione di un finanziamento di 240 milioni di dollari pagabili in quindici anni, a titolo di risarcimento delle perdite di sfruttamento del territorio⁹⁷.

L'accordo concede agli organi di autogoverno competenze assai estese, in base alle quali la normativa *Nisga'a* prevale su quella federale e provinciale, con l'eccezione del codice penale (e logicamente anche della Carta dei diritti e delle libertà), mentre espressamente si prevede che l'*Indian Act* non si applichi alla popolazione *Nisga'a*⁹⁸.

L'aspirazione al controllo del territorio, che – come evidenziato in precedenza – rappresenta una rivendicazione storica da parte delle comunità autoctone, ha avuto il riconoscimento più tangibile con la proclamazione ufficiale del Territorio del *Nunavut* (che, nella lingua *inukt*, - la lingua degli *Inuit* - significa “nostra terra”) realizzata il 1° aprile 1999, che è costituito da porzioni dei Territori dello Yukon e del Nord-Ovest. Il Territorio neocostituito, governato dagli *Inuit*, si estende per 1.900.000 km², quasi il 20% del territorio del Canada (un'area più vasta delle Province di Terranova, dell'Isola del Principe Edoardo, Nuova Scozia, New Brunswick e Quebec messe insieme) e comprende 7 delle 12 isole più grandi del paese e 2/3 delle coste canadesi⁹⁹.

Si è dato corpo, quindi, a una serie di rivendicazioni iniziate nel 1973, attraverso l'*Inuit Tapirisat* del Canada (l'organizzazione politica nazionale rappresentante degli *Inuit*, costituitasi nel 1971), che attraverso uno studio ha dimostrato l'esistenza di un titolo ance-

⁹⁶ I membri della tribù *Nisga'a* in Canada sono circa 6000 di cui 2500 insediati in alcuni villaggi della *Nass River Valley*, a nord di Vancouver e a Prince Rupert nella British Columbia.

⁹⁷ Nel 1994, il *Nisga'a Tribal Council* aveva ricevuto un rapporto, “*Calculation of Loss*”, realizzato dalla Price Waterhouse, in base al quale le perdite della tribù *Nisga'a* rispetto allo sfruttamento del proprio territorio sarebbero ammontate a 4,3 bilioni di dollari. Il Governo canadese informò il consiglio della tribù che non sarebbe mai stato in grado di risarcire questa somma e le autorità tribali si accordarono per una cifra pari a 240 milioni di dollari, rispetto ai due bilioni di dollari che avevano richiesto. In materia si veda R. ROBINSON, *Nisga'a Patience: Negotiating Our Way Into Canada*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 193.

⁹⁸ R. ROBINSON, *Nisga'a Patience*, cit., p. 193. P. TENNANT, *Aboriginal Peoples and Politics. The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, 1990.

⁹⁹ Le dimensioni mostrano approssimativamente l'idea del potenziale di ricchezza del territorio, ancora non completamente sfruttato. Attualmente, il *Nunavut* dispone di miniere di piombo, zinco e di giacimenti di rame, oro, argento e diamanti. Oltre all'attività mineraria, le principali attività economiche sono: il turismo in crescente espansione, la pesca, la caccia e, in misura minore, l'artigianato.

strale degli Esquimesi sulle terre antiche canadesi. Il nuovo territorio ha circa 24.000 abitanti di cui 18.000 (85%) sono *Inuit*. Il 15 febbraio 1999, si sono svolte le elezioni per i diciannove membri dell'assemblea legislativa, che hanno indicato il loro *Premier*. L'esecutivo è composto da dieci ministeri situati nelle undici comunità territoriali costituenti il *Nunavut*; inoltre, è previsto l'insediamento di una corte territoriale. Il trasferimento dei poteri avverrà gradualmente e sarà completato nel 2009¹⁰⁰.

Le finalità del Governo federale nell'istituzione del nuovo territorio sono quelle di incrementare lo sviluppo economico della zona e migliorare la qualità delle popolazioni native ma anche e, soprattutto, di favorire la realizzazione di un piano di sviluppo in ambito educativo e culturale per salvaguardare le tradizioni e la lingua degli *Inuit*. In tal senso, a differenza degli altri territori e Province che si basano sul bilinguismo, *Nunavut* ha tre lingue ufficiali: inglese, francese e *inuktitut*¹⁰¹.

Le rivendicazioni territoriali hanno, quindi, trovato un loro recepimento legislativo: il *Nunavut Land Claims Agreement* è il più completo e ampio trattato stipulato in Canada; tuttavia, le vicende relative alle comunità aborigene sembrano dimostrare l'assoluta impossibilità di realizzare forme di autonomia assai ampia per ciascuna delle tribù presenti sul territorio. Il pericolo emergente sarebbe un'etnicizzazione dello Stato canadese, in quanto potrebbe verificarsi una moltiplicazione del numero dei gruppi etnici che rivendicano diritti (o privilegi) o spazi di autonomia in nome di un diritto alla diversità. La proliferazione

¹⁰⁰ Le tappe precedenti del processo che ha condotto alla creazione del Territorio del *Nunavut* sono: (1976) l'*Inuit Tapisarat* richiede la creazione di un territorio nel quadro generale di rivendicazioni territoriali all'interno dei Territori del Nord-Ovest; (1977) la Commissione delle terre degli *Inuit* dei Territori del Nord-Ovest propone al governo del Canada di creare un nuovo territorio e un nuovo governo che rispetti le istituzioni politiche degli autoctoni; (1979) il Governo canadese crea una nuova circoscrizione nei territori del Nord-Ovest, portando a due il numero dei deputati della Camera dei Comuni provenienti dai Territori (sostanzialmente coincidente con l'attuale territorio *Nunavut*); (1980) i deputati dell'assemblea legislativa dei Territori Nord occidentali votano per la suddivisione del territorio; (1982) si svolge un referendum in cui il 53% degli abitanti dei Territori si esprimono a favore della divisione; (1990) si arriva a un sostanziale consenso fra gli *Inuit*, il governo federale e quello territoriale sulla creazione in un nuovo Territorio; (1992) la maggioranza degli elettori del Territorio si pronuncia a favore dei nuovi confini del *Nunavut*; la popolazione *Inuit* approva, nello stesso anno, le condizioni per la definizione delle loro rivendicazioni territoriali; (1993) gli *Inuit*, il governo del Canada e quello dei Territori firmano un accordo sulla costituzione del *Nunavut*; il Parlamento canadese approva di conseguenza la legge sul *Nunavut* e la legge sull'accordo sulle rivendicazioni territoriali del *Nunavut*; la legislazione prevede la creazione di una Commissione, incaricata di predisporre la costituzione del Territorio, che nel 1995 pubblica un rapporto, che costituisce un piano dettagliato per la realizzazione del Territorio; il 15 febbraio 1999, i residenti del *Nunavut* eleggono per la prima volta i deputati della loro assemblea legislativa. La cronologia degli avvenimenti è tratta dal sito internet: <http://www.inac.gc.ca>. Per ulteriori informazioni si vedano J. AMAGOALIK, *From Non-Citizens to Nunavut*, in J. BIRD, L. LAND, M. MACADAM (eds.), *Nation to Nation*, cit., p. 195 ss.; M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni*, cit., p. 77 ss.; N. OLIVETTI RASON, *Nuove prospettive per i Territori federali*, in *Amministrare*, 1-2, 2002, p. 217 ss.; M. OROFINO, *Il territorio tra garanzia istituzionale e diritto fondamentale*, *ibidem*, p. 203 ss.; B. ARMSTRONG, *The Election of Nunavut's First Legislative Assembly*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2, 1999, p. 16 ss.

¹⁰¹ *Nunavut*, in *Canada contemporaneo*, 54, aprile 1999. Per alcune notizie sul popolo *Inuit* del *Nunavut* si veda C. PITTO, *Nunavut: come cambia la carta geopolitica del Canada*, in S. GAMBINO, C. AMIRANTE (a cura di), *Il Canada un laboratorio costituzionale. Federalismo, Diritti, Corti*, Padova, 2000, p. 327 ss..

eccessiva di questi gruppi non determinerebbe la fine dello Stato nazione a favore di uno Stato multiculturale, ma solo una serie di rivendicazioni di tipo etnico su scala locale¹⁰².

Inoltre, giova sottolineare come la difesa esasperata e il rafforzamento delle specificità di ciascuna comunità autoctona possa avere una duplice valenza: positiva, perché in questo modo è possibile salvaguardare la loro identità culturale; oppure negativa, qualora rischi di divenire un mezzo per favorire la loro ghettizzazione e perpetuare la loro condizione di debolezza economica e culturale nei confronti degli esponenti del gruppo maggioritario nella società.

L'empasse è risultato chiaro, in Canada, quando di fronte a una rivendicazione di diritti allo sfruttamento commerciale della pesca da parte di una comunità indiana, la Corte suprema ha risposto che ciò era incompatibile con la relazione tradizionale che la tribù aveva con i pesci, prevalentemente legata al soddisfacimento delle esigenze alimentari della popolazione e, perciò non poteva essere sottoposta a regole di mercato¹⁰³.

Il pericolo è che gli organi giurisdizionali cristallizzino una concezione dei diritti autoctoni, influenzata da regole arcaiche e che alimentino stereotipi, che finiscano per danneggiare più che tutelare le comunità indigene, partendo dal presupposto che le aspirazioni delle comunità siano le stesse di quelle evidenziate e rivendicate nel periodo della *Royal Proclamation* del 1763. In sostanza, il timore è che, attraverso questa interpretazione tendente a salvaguardare la "purezza" delle usanze e tradizioni aborigene, si neghi la possibilità di un'interazione fra le due culture presenti sul territorio canadese.

La valorizzazione delle differenze potrebbe configurarsi, infatti, come una riedizione aggiornata delle politiche segregazionistiche, ovvero alimentare gli elementi conflittuali allentando il tessuto connettivo unitario.

Inoltre, un'applicazione rigida dell'identitarismo autoctono trascura il fatto che le società e le culture sono dinamiche e, quindi, sottoposte a mutamenti: non sono impermeabili, ma si influenzano reciprocamente. In fondo, lo sviluppo delle culture avviene attraverso processi di comunicazione e non di separazione.¹⁰⁴

¹⁰² U. FABIETTI, *L'identità etnica*, Roma, 1998, p. 123 s. G. ROLLA, *L'autonomia costituzionale delle comunità territoriali. Tendenze e problemi*, in T. GROPPI (a cura di), *Principio di autonomia e forma di stato*, Torino, 1998, p. 7 ss.; S. JR. NOËL, *Canadian Responses to Ethnic Conflict*, in J. MCGARRY, B. O'LEARY (eds.), *The Politics of Ethnic Conflict Regulation*, London-New York, 1993, p. 41 ss.

¹⁰³ *R. v. Vanderpeet* (1993) 5 W. W. R. 459, 80 B. C. L. R. (2) 75 (C. A.), G. OTIS, A. EMOND, *L'identité autochtone dans les traités contemporains* cit., p. 559.

¹⁰⁴ W. KIMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory*, Oxford, 1995, p. 45 s.; S. J. TOOPE, *Cultural diversity and Human Rights*, in *McGill Law Journal*, 42, 1997, p. 181; R. J. LIPKIN, *Can Liberalism Justify Multiculturalism?*, in *Buffalo Law Review*, 45, 1997, p. 1 ss.; G. C. LOURY, *Individualism before Multiculturalism*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19, 1996, p. 18 ss.; G. TRIGGS, *The Rights of 'Peoples' and Individual Rights: Conflict or Harmony*, in J. CRAWFORD (ed.), *The Rights of Peoples*, New York, 1988, p. 141 ss.

LA TUTELA DEI POPOLI INDIGENI IN AFRICA

Anna Di Lieto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Definizione di popolo indigeno. - 3. Minoranze e popoli indigeni. - 4. Diritti dei popoli indigeni: a) diritto di autodeterminazione; b) diritto al consenso libero, preventivo ed informato; c) diritto di possesso, utilizzazione, controllo e gestione delle terre, dei territori e delle risorse; d) diritto alla diversità culturale; e) diritto sulle conoscenze tradizionali. - 5. Diritti dei popoli indigeni in Africa: a) diritto di autodeterminazione; b) diritto al consenso libero, preventivo ed informato; c) diritto di possesso, utilizzazione, controllo e gestione delle terre, dei territori e delle risorse; d) diritto alla diversità culturale; e) diritto sulle conoscenze tradizionali.

1. Introduzione.

Col termine popolo indigeno di solito si fa riferimento ai popoli nativi dell’Australia, dell’America (del Nord e del Sud) e dell’Asia che sono stati scacciati dalle loro terre dai colonizzatori e completamente emarginati e soggiogati da quest’ultimi. Di rado si parla di popoli indigeni in Africa e ciò non perché in questo continente il fenomeno non sussista ma perché presenta delle caratteristiche e connotazioni differenti.

Innanzitutto è errato dire che in Africa non si può parlare di indigeni perché tutti gli africani sono indigeni¹. Si può solo affermare che in Africa il termine popoli indigeni non indica “first inhabitants” riferito agli aborigeni in opposizione alle comunità non africane che provengono da altri luoghi. La peculiarità che distingue l’Africa dagli altri continenti, dove le comunità native sono state annichilite dalle popolazioni non native, è data dal fatto che ogni africano può considerarsi legittimamente indigeno nel proprio continente.

Inoltre i popoli indigeni africani, stanziati sul territorio prima della colonizzazione, non sono stati estromessi dalle loro terre dai colonizzatori europei, piuttosto sono stati separati in più Stati come ad esempio i boscimani situati in Angola, Botswana, Namibia e

* Ricercatore di diritto internazionale, Università di Napoli “Federico II”.

¹ “A closely related misconception is that the term ‘indigenous’ is not applicable in Africa as ‘all Africans are indigenous’. There is no question that all Africans are indigenous to Africa in the sense that they were there before the European colonialists arrived and that they were subject to subordination during colonialism”: THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS, 2006, *Indigenous Peoples in Africa: the Forgotten Peoples. The African Commission’s work on indigenous peoples in Africa*, p. 12.

Sud Africa², gli *mbororo* dislocati in vari Stati africani³, i masai distribuiti tra il Kenia e la Tanzania, i pigmei che abitano l’Africa Centrale e Occidentale⁴. I confini degli Stati africani sono stati decisi e tracciati dalle Potenze coloniali attraverso accordi internazionali senza tener conto delle divisioni etniche ma in base ai loro interessi e secondo le loro sfere di influenza. Sono state così costituite delle colonie che si sono poi trasformate, senza significative modifiche (con qualche eccezione), negli attuali Stati indipendenti e sovrani.

Il dominio coloniale non prevedeva la nozione di diritto di cittadinanza per gli abitanti delle colonie, che erano dei sudditi non dei cittadini. Al momento dell’indipendenza negli anni “60 i gruppi dirigenti africani saliti al potere si trovarono di fronte a nazioni estremamente diversificate, i cui confini erano stati tracciati in modo artificioso e i cui abitanti, a causa dei flussi di spostamenti e migrazioni, appartenevano a varie etnie. Essi cercarono di far prevalere una nozione inclusiva di *nation-building* per minimizzare le differenze di carattere etnico a favore di un progetto omogeneizzante di costruzione della nazione⁵, per accentuare l’unitarietà dello Stato⁶, delegittimare qualsiasi istanza e rivendicazione subnazionale e favorire sistemi politici a partito unico.

Soltanto dai primi anni “90, da quando si è passati da sistemi autoritari fondati su partiti unici o su regimi militari verso il multipartitismo e la democrazia elettorale e competitiva la cittadinanza ha assunto una nuova connotazione. Sono stati rivisti i criteri attraverso i quali gli Stati attribuiscono la cittadinanza non solo per precisare chi appartiene alla comunità ma soprattutto per determinare chi può partecipare alla selezione, chi può dirigere lo Stato ed è titolato a guidare lo Stato⁷.

Inoltre si è iniziato a dar vita a processi di decentralizzazione e di promozione del ruolo di attori non statali. Molti dei conflitti che si sono sviluppati non riguardano la delimitazione dei confini nazionali dello Stato (con l’eccezione della guerra tra Etiopia ed Eritrea), o movimenti secessionisti, o progetti di nazioni etnicamente omogenee bensì la definizione di confini interni allo Stato nazione (determinazione delle unità amministrative regionali, provinciali, distrettuali locali o a livello di Stati negli assetti federali come

² I boscimani sono suddivisi in diverse tribù, ognuna delle quali ha un nome proprio. Anche se vengono genericamente chiamati boscimani oppure ‘San’ o ‘Basarwa’ (in Botswana), non esiste un nome collettivo e unanimemente accettato che li rappresenti tutti.

³ Gli *mbororo* fanno parte del popolo dei Fulani, uno dei più numerosi gruppi etnici dell’Africa occidentale, e vivono in almeno 18 paesi africani, tra cui Nigeria, Niger, Guinea, Senegal, Mali, Mauritania e Camerun.

⁴ I Pigmei sono gli abitanti della foresta, di cui conoscono intimamente le piante e gli animali.

⁵ L’accento sulla nazione ha permesso l’estensione della cittadinanza a molte comunità immigrate o da paesi vicini o da altri continenti, come ad esempio gli indiani in Africa orientale. Questa tendenza è stata dettata da un lato da motivazioni ideologico-politiche (ispirate al panafricanismo), dall’altro da necessità economiche (reclutamento di forza lavoro a costi bassi per il mercato interno).

⁶ Non a caso in Africa esiste solo uno Stato federale, la Nigeria.

⁷ V. J. HARRINGTON, *Voiding Human Rights: Citizenship and Discrimination in Africa*, consultabile sul sito http://www.justiceinitiative.org/db/resource2/fs/?file_id=15278.

quello nigeriano) e hanno provocato lotte interne. Una volta abbandonato il concetto dello Stato-nazione si promuovono forme più articolate di governo decentrato e si rafforzano i livelli locali di potere. Esiste una stretta relazione tra il passaggio alle elezioni multipartitiche e la questione della cittadinanza⁸. Per la prima volta diventa rilevante scegliere chi abbia il diritto di voto. Le leggi sulla nazionalità e quelle elettorali sono state utilizzate per calcoli politici al fine di escludere dalla competizione elettorale politici concorrenti. La democrazia elettorale propone la questione della definizione di nazione e di appartenenza alla stessa nazione.

In questo contesto assume particolare importanza sul piano politico la definizione dell'appartenenza del nativo, dell'originario, dell'autoctono e l'esclusione di chi non appartiene, lo straniero, il non-autoctono, il *settler* (migrante, rifugiato)⁹.

Sul piano giuridico anche in Africa, come nel resto del mondo, la questione indigena assume un ruolo sempre più rilevante. Mentre in sede Nazioni Unite si indice il primo decennio sui popoli indigeni (1994-2004), il Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene delle Nazioni Unite, istituito nel 1982 dall'ECOSOC, adotta nel luglio 1994 il "Progetto di dichiarazione universale sui diritti dei popoli indigeni", che costituisce il testo base della Dichiarazione approvata nel 2007 dall'Assemblea generale, il diritto all'autodeterminazione dei popoli indigeni viene affermato nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli e, infine, molte delle più recenti costituzioni di Stati africani dichiarano anche la tutela delle istituzioni tradizionali. Il diritto dei popoli indigeni al possesso della terra e all'utilizzo delle risorse naturali viene sostenuto e riconosciuto anche nella giurisprudenza interna e in molti Stati africani si intraprendono azioni per assicurare la partecipazione degli indigeni al processo decisionale.

Per poter esaminare le questioni più rilevanti che attualmente sono in discussione in tema di diritti dei popoli indigeni in Africa è però opportuno preliminarmente chiarire il concetto di popolo indigeno e specificare i diritti che ad essi sono riconosciuti sul piano internazionale.

⁸ Come afferma G. Gozzi, *Diritti umani: un'introduzione critica*, (consultabile sul sito <http://www.pr.it/approfondimenti/doc/Diritti-umani.doc>) "La cittadinanza non è un diritto ma uno *status*, una condizione che si acquisisce in base a criteri stabiliti dal legislatore (*jus sanguinis* e *jus soli*) e che si basano sull'appartenenza o meno ad una comunità nazionale. La cittadinanza è prerogativa indispensabile per godere dei diritti civili (di riunione, associazione, di circolazione, ecc.) e politici. Tali diritti civili e politici pertanto sono del cittadino e non della persona. In questo senso la cittadinanza, che si basa su criteri stabiliti giuridici, diventa un discrimine ed impedisce la partecipazione alla comunità nazionale".

⁹ In Zambia nel 1996 è stata emanata una nuova Costituzione che esclude dalla competizione elettorale per la presidenza in quanto straniero Kenneth Kaunda, padre dello Zambia indipendente, leader del movimento di emancipazione coloniale e del partito unico al potere. In Costa d'Avorio l'art. 35 della costituzione del 1995 esclude dall'eleggibilità tutti coloro che non possono dimostrare di avere entrambi i genitori ivoriani, il che esclude la discendenza materna nonostante che il modello tipico per gli ivoriani di origine *burkinabé* sia l'origine ivoriana della madre. In Congo la modifica della legge sulla cittadinanza prevede che siano cittadini soltanto coloro che possono dimostrare che la loro discendenza zairese risale al 1850 e non al 1960 anno dell'indipendenza.

2. Definizione di popolo indigeno.

Non esiste una definizione di popoli indigeni unanimemente accettata. La dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 settembre 2007 volutamente non la indica ma nel preambolo specifica che “recognizing also that the situation of indigenous peoples varies from region to region and from country to country and that the significance of national and regional particularities and various historical and cultural backgrounds should be taken into consideration”.

Esistono però delle definizioni adottate da accordi internazionali, da atti di organizzazioni internazionali o elaborate dalla dottrina di cui bisogna tener conto.

Per la prima volta il termine popolazioni indigene viene usato in un accordo internazionale nel 1957 nella Convenzione n. 107 dell'OIL che parla di popolazioni “whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by the other sections of the national community”. Ad esse i governi devono assicurare una “national integration” e “progressive integration” “into the life of their respective countries.”

Nella Convenzione n. 169 dell'OIL del 1989, il termine popolazione viene sostituito dalla parola popolo¹⁰ e all'art. 1 si distingue tra popoli tribali che si contraddistinguono dalle altre componenti della comunità nazionale per le condizioni sociali, culturali ed economiche, e che si reggono totalmente o parzialmente secondo le consuetudini o le tradizioni loro proprie, ovvero secondo una legislazione speciale, e popoli indigeni che si riconoscono per il fatto di discendere dalle popolazioni che abitavano il Paese, o una regione geografica cui il Paese appartiene, all'epoca della conquista, della colonizzazione o dello stabilimento delle attuali frontiere dello Stato, e che, qualunque ne sia lo *status* giuridico, conservano le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche¹¹. Il cambiamento lessicale del termine popolazioni con quello popolo costituisce senza dubbio un passo avanti verso il riconoscimento di uno *status* giuridico più elevato per queste comunità anche se al terzo comma dell'art. 1 si precisa che “the use of the term peoples in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law”. Secondo qualcuno si è in tal modo configurato una sorta di popolo di second'ordine a cui non è riconosciuto il

¹⁰ La distinzione non è semplicemente semantica ma è legata ad una diversa attribuzione di diritti. Titolare di diritti è un soggetto collettivo quale il popolo, o la singola persona appartenente ad una comunità o popolazione.

¹¹ L'art 1 della Convenzione stabilisce che “this Convention applies to: (a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations; (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.

diritto all'autodeterminazione¹². Inoltre la Convenzione n. 169 non parla più di progressiva integrazione degli indigeni nella struttura dello stato, ma riconosce il diritto alla differenza.

Dagli anni '80 la Banca mondiale si è preoccupata di predisporre progetti di finanziamento per i popoli tribali ed in specifico ha redatto nel 1982 l'*Operational Manual Statement* (OMS) 2.34 concernente proprio il "Tribal People in Bank-financed Projects". In tale documento il *Tribal People* si identifica "by the existence in varying degrees of certain characteristics, a number of which apply to indigenous peoples".

Nel 1991 l'OMS 2.34 viene sostituito dalla *Operational Directive* (OD) 4.20 sui popoli indigeni. La direttiva è rivolta non più ai popoli tribali ma ai popoli indigeni. Al par. 3 si specifica che "the terms "indigenous peoples," "indigenous ethnic minorities," "tribal groups," and "scheduled tribes" describe social groups with a social and cultural identity distinct from the dominant society that makes them vulnerable to being disadvantaged in the development process. For the purposes of this directive, "indigenous peoples" is the term that will be used to refer to these groups"¹³.

Infine nel 2005 la Banca ha adottato l'*Operational Policy* 4.10 che al par. 4 specifica "the term "indigenous peoples" is used in a generic sense to refer to a distinct, vulnerable, social and cultural group possessing the following characteristics in varying degrees: (a) self-identification as members of a distinct indigenous cultural group and recognition of this identity by others; (b) collective attachment to geographically distinct habitats or ancestral territories in the project area and to the natural resources in these habitats and territories; (c) customary cultural, economic, social, or political institutions that are separate from those of the dominant society and culture; and (d) an indigenous language, often different from the official language of the country or region".

In dottrina la definizione a cui la maggior parte degli autori fa ricorso è quella proposta da Martinez Cobo, relatore speciale alla Sottocommissione delle Nazioni Unite per la prevenzione delle discriminazioni e protezione delle minoranze (1986). In base a questa definizione "par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés pre coloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de

¹² V. al riguardo R. CAMMAROTA, *I diritti dei popoli indigeni. Lotte per il riconoscimento e principio di autodeterminazione*, in *Sociologia del diritto*, 2006, p. 45 ss., in particolare p. 60.

¹³ V. FERGUS MACKAY, *The Draft World Bank operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or more of the Same?*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2005, p. 65 ss., consultabile sul sito <http://www.law.arizona.edu/Journals/AJICL/AJICL2005/vol221/MacKay%20Formatted.pdf>.

leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. Cette continuité historique peut consister dans le maintien, pendant une longue période jusqu'ici ininterrompue, de l'un des facteurs suivants ou de plusieurs: a) L'occupation des terres ancestrales ou au moins d'une partie de ces terres; b) L'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres; c) La culture en general ou sous certaines de ses manifestations (telles que religion, vie en système tribal, appartenance a une communauté autochtone, costume, moyens d'existence, mode de vie, etc.); d) La langue (qu'elle soit utilitaire comme langue unique, comme langue maternelle, comme moyen habituel de communication au foyer ou dans la famille, ou comme langue principale, préférée, habituelle, générale ou normale); e) L'implantation dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde; J) D'autres facteurs pertinents."¹⁴

Un'altra definizione spesso ricordata è quella proposta da Erica Irene Daes, presidente del *Working Group on Indigenous Peoples* presso le Nazioni Unite, che considera rilevante per la comprensione del concetto di indigeno: “a) priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory; b) the voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions; c) self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and d) an experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist”¹⁵.

Come si può facilmente vedere in tutte queste definizioni si indicano come requisiti essenziali la continuità storica e la differenza culturale rispetto al resto della popolazione. Nelle elaborazioni più recenti non si fa più riferimento alla colonizzazione ma si evidenzia che tali popoli vivono in emarginazione, in isolamento¹⁶, e soprattutto si indica quale aspetto essenziale l'auto-identificazione intesa come percezione che i membri del gruppo hanno di sé stessi nei confronti del resto della collettività nazionale e come diritto della

¹⁴ V. il sito <http://www.docip.org/francais/Martinez-Cobo-f.pdf>.

¹⁵ V. il sito <http://www.cwis.org/fwdp/International/96-12980.txt>.

¹⁶ Il foro permanente dei popoli indigeni delle Nazioni Unite dice che “Indigenous peoples are the inheritors and practitioners of unique cultures and ways of relating to other people and to the environment. Indigenous peoples have retained social, cultural, economic and political characteristics that are distinct from those of the dominant societies in which they live. Despite their cultural differences, the various groups of indigenous peoples around the world share common problems related to the protection of their rights as distinct peoples. Indigenous peoples around the world have sought recognition of their identities, their ways of life and their right to traditional lands, territories and natural resources; yet throughout history, their rights have been violated. Indigenous peoples are arguably among the most disadvantaged and vulnerable groups of people in the world today. The international community now recognizes that special measures are required to protect the rights of the world's indigenous peoples”.

stessa comunità indigena di ammettere e controllare l'appartenenza al gruppo dei singoli consociati¹⁷.

3. Minoranze e popoli indigeni.

Secondo la definizione proposta da Capotorti nel rapporto speciale della Commissione delle Nazioni Unite per la lotta contro la discriminazione e la protezione delle minoranze nel 1977¹⁸ “è minoranza un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno stato, in una posizione non-dominante i cui membri – essendo cittadini dello stato – posseggono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione e mostrano, quanto meno implicitamente, un senso di solidarietà inteso a preservare la loro cultura, tradizioni, religione, o lingua”¹⁹.

Esistono vari punti di contatto tra i concetti di minoranza e di popolo. Entrambi si contraddistinguono per la differenza culturale e la situazione di dominazione. Ma le minoranze si caratterizzano per il fattore numerico laddove un popolo indigeno potrebbe anche essere formato dalla maggioranza degli abitanti di uno Stato²⁰. Inoltre si parla solo di minoranze nazionali²¹ mentre i popoli indigeni, come abbiamo visto ad esempio in Africa, possono anche vivere in più Stati.

In diritto internazionale sono ormai riconosciuti i diritti delle minoranze, attribuiti non al gruppo ma ai singoli individui che ne fanno parte e ciò perché non si vuole ricono-

¹⁷ La prima convenzione internazionale che parla di auto-identificazione è la Convenzione n. 169 dell'OIL, che all'art. 1, par 2, afferma che: “self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply “. Il progetto di Dichiarazione predisposto dalla Sotto-Commissione per la prevenzione di discriminazione e protezione delle minoranze nel 1994 prevedeva all'art. 8 che “Indigenous peoples have the collective and individual right to maintain and develop their distinct identities and characteristics, including the right to identify themselves as indigenous and to be recognized as such.” V. Subcom 46th 8/26/1994 E/CN.4/sub.2/ res/1994/45. In sede di negoziati si è a lungo discusso sull'opportunità di affermare esplicitamente questo diritto all'auto-identificazione, che per qualcuno può dar luogo a controversie giuridiche, ma soprattutto per l'insistenza dei rappresentanti indigeni è stato inserito all'art. 33 che afferma che “Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions. This does not impair the right of indigenous individuals to obtain citizenship of the States in which they live”.

¹⁸ F. CAPOTORTI, *Étude des droits des personnes appartenants aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New York, 1979.

¹⁹ V. F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 100 ss., in particolare p. 107.

²⁰ Ad esempio in Bolivia ed in Guatemala o in Groenlandia.

²¹ Oggi si parla anche di nuove minoranze per indicare le comunità immigrate e si afferma che la concezione rigida e stato-centrica per l'identificazione delle minoranze non sia più attuale ma si riferisca “ad un'epoca in cui le minoranze erano solo quelle classiche e in cui gli Stati potevano considerarsi i produttori esclusivi delle norme che le disciplinano”. V. F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, p. 14.

scere ad esse una soggettività sul piano internazionale²². L' art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 afferma che “in quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche²³, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo”. Un passo avanti è stato raggiunto con la Dichiarazione dei diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 47/135 del 18 dicembre 1992, che parla di diritto all'esistenza e all'identità. Infatti, all'art 1, essa dichiara che “1. Gli Stati proteggeranno l'esistenza e l'identità nazionale o etnica, culturale, religiosa e linguistica delle minoranze all'interno dei rispettivi territori e favoriranno le condizioni per la promozione di tale identità. 2. Gli Stati adotteranno idonee misure legislative ed altre allo scopo di conseguire questi obiettivi”. Inoltre l'art 3 riconosce che “le persone appartenenti a minoranza possono esercitare i loro diritti, compresi quelli enunciati nella presente Dichiarazione, sia individualmente sia in comunità con gli altri membri del proprio gruppo”. In conclusione alle minoranze vengono riconosciuti diritti individuali, tra cui il più rilevante è il diritto alla non discriminazione, diritti particolari, che consentono loro di accedere a parità di condizioni a determinati servizi (come l'istruzione in madrelingua, il diritto ad utilizzare la propria lingua nei confronti dell'amministrazione), e diritti, da esercitarsi a livello di gruppo, tra cui il diritto all'identità²⁴. La Convenzione-quadro per la tutela delle minoranze nazionali adottata dal Consiglio d'Europa nel 1995 specifica che gli elementi essenziali dell'identità sono la religione, la lingua, la tradizione ed il patrimonio culturale (art. 5).

Le minoranze, in qualità di comunità o collettività diffuse, non sono titolari di situazioni giuridiche soggettive né a livello internazionale né nella maggior parte degli ordinamenti statali, tranne alcune eccezioni date dalle Costituzioni del Land Brandeburgo, in

²² Villani ritiene che la scelta operata di attribuire diritti solo agli individui appartenenti alle minoranze “è dovuta alla preoccupazione, largamente avvertita dagli Stati, di evitare il rischio di favorire una contrapposizione del gruppo minoritario nei confronti dello Stato di appartenenza (rischio connesso ad un formale riconoscimento della minoranza in quanto tale) e, per altro verso, alla opportunità di non ostacolare eventuali fenomeni spontanei di piena integrazione nella collettività statale”. V. U. VILLANI, *Autodeterminazione dei popoli e tutela delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite*, in *Studi sulla protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2006, p. 59 ss., in particolare p. 70.

²³ Etnia è un termine che deriva dal greco *ethnos* (“popolo, razza”) e indica genericamente un insieme di individui che condividono in modo piuttosto stabile diverse caratteristiche, tra cui una lingua, una cultura, un territorio.

²⁴ “Ogni minoranza in quanto gruppo ha una pretesa tutelata alla preservazione della sua identità (non però alla secessione) e ciò si concilia con il diritto di ciascun membro all'eguaglianza di trattamento con gli individui che compongono la maggioranza (diritto che viene contemplato dalla facoltà individuale di lasciarsi assimilare da tale maggioranza)”: si veda F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze*, cit., p. 102 ss., in particolare p.110.

Germania, della Slovenia e della Repubblica Slovacca²⁵. Ai popoli indigeni, invece, in molti ordinamenti interni di Stati in cui tali gruppi sono presenti vengono attribuiti diritti collettivi e, a livello internazionale, se ancora non si è consolidata una prassi consuetudinaria, tuttavia esistono convenzioni che riconoscono loro la titolarità di specifici diritti.

I popoli indigeni a differenza delle minoranze si caratterizzano anche per la continuità storica, che consiste nell'occupazione per un lungo ed ininterrotto periodo di terre ancestrali e per il diritto di auto-identificazione, che rappresenta un concetto del tutto distinto dal diritto all'identità delle minoranze. Con l'auto-identificarsi il popolo indigeno intende distinguersi e distaccarsi dal resto della popolazione²⁶, nel richiedere un diritto di identità le minoranze chiedono solo di poter manifestare e tramandare liberamente la propria cultura, le proprie tradizioni o la propria religione senza evidenziare la loro diversità e l'incompatibilità del loro stile di vita con quello della maggioranza.

4. Diritti dei popoli indigeni.

Dopo aver delineato la figura dei popoli indigeni è opportuno esaminare i diritti che ad essi sono riconosciuti sia a livello interno, sia a livello internazionale, in particolare il diritto all'autodeterminazione ed il diritto di proprietà sulle terre ancestrali, sulle risorse naturali e culturali.

a) diritto di autodeterminazione.

Il termine autodeterminazione²⁷ ci riporta a quel principio, comunemente indicato come principio di autodeterminazione esterna, in base al quale popoli soggetti a dominio

²⁵ L'art. 5, par. 1, della Costituzione del Land Brandeburgo definisce i "gruppi sociali", in quanto tali, potenziali titolari di diritti fondamentali. Meritano un cenno anche le disposizioni delle Costituzioni slovena e slovacca che attribuiscono alle minoranze il diritto di dar vita ad associazioni. L'art. 64 della Costituzione slovena (intitolato ai "diritti speciali delle comunità nazionali autoctone italiana ed ungherese in Slovenia") al par. 1 stabilisce che alle comunità nazionali autoctone italiana ed ungherese è garantito (tra l'altro) "il diritto di fondare organizzazioni". L'art. 34, par. 1, della Costituzione slovacca attribuisce ai cittadini "che rappresentano minoranze nazionali o gruppi etnici nella Repubblica Slovacca" (tra l'altro) il diritto di associarsi in associazioni di minoranza nazionale". Sul punto si veda S. SANTOLI, *Le minoranze come comunità intermedie nel quadro della problematica dei "diritti collettivi"*, consultabile sul sito <http://www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content&task=view&id=214>.

²⁶ All'art. 8 della Dichiarazione delle Nazioni Unite si afferma che: "1. Indigenous peoples and individuals have the right not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture. 2. States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: a) any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities; b) any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources; c) any form of forced population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their rights; d) any form of forced assimilation or integration; e) Any form of propaganda designed to promote or incite racial or ethnic discrimination directed against them".

²⁷ Come giustamente osserva CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 22 "non è facile indicare quale sia l'esatto contenuto del principio di autodeterminazione dei popoli in quanto principio giuridico".

coloniale, occupazione militare straniera o a governo razzista, possono liberamente scegliere il proprio regime di governo²⁸. Per i popoli indigeni invece si può parlare solo di autodeterminazione interna.

Nel 1993 Erica Irena Daes, nella nota esplicativa sul progetto di dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni, sosteneva che “the right to “internal self-determination” is best viewed as entitling a people to choose its political allegiance, to influence the political order in which it lives, and to preserve its cultural, ethnic, historical or territorial identity”²⁹. A tale definizione potremmo aggiungere che l’autodeterminazione interna è da intendersi anche come rivendicazione avanzata collettivamente nei confronti dello Stato per ottenere un certo livello di autonomia amministrativa³⁰ o di *self-government* e come obbligo per gli Stati di realizzare forme di partecipazione dei popoli indigeni ai processi decisionali³¹.

L’art. 3 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni afferma che: “indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development” e l’art. 4 specifica che: “indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their autonomous functions”. In virtù del diritto di autodeterminazione i popoli indigeni possono determinare la loro identità o appartenenza in concordanza con le loro consuetudini e tradizioni³², stabilire le loro strutture e selezionare l’appartenenza delle loro istituzioni in concordanza con le loro proprie procedure³³, determinare le responsabilità degli individui delle loro comunità³⁴, promuovere, sviluppare e mantenere le loro strutture istituzionali, le procedure, le pratiche e, nei casi dove essi esistono, i sistemi giuridici o consuetudini, in concordanza con gli *standard* dei diritti umani internazionali³⁵, mantenere e sviluppare

²⁸ V. A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples - A Legal Appraisal*, Cambridge, Cambridge, 1995, Id., *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, p. 133 ss.

²⁹ V. E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1.

³⁰ V. M. IOVANE, *L’organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e la tutela del principio di autodeterminazione interna*, in *La Comunità internazionale*, 1997, p. 461 ss., in particolare sezione seconda, p. 487 ss. e specificamente p. 505 ss.

³¹ V. R. CAMMAROTA, *I diritti dei popoli indigeni*, cit., p. 71 ss.; G. PALMISANO, *L’autodeterminazione interna nel sistema dei Patti sui diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 365 ss., in particolare p. 399, nota 91.

³² L’articolo 3 stabilisce che: “Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions. This does not impair the right of indigenous individuals to obtain citizenship of the States in which they live”.

³³ L’articolo 33, par. 2, prevede che: “Indigenous peoples have the right to determine the structures and to select the membership of their institutions in accordance with their own procedures”.

³⁴ L’articolo 35 afferma che: “Indigenous peoples have the right to determine the responsibilities of individuals to their communities”.

³⁵ L’articolo 34 stabilisce che: “Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards”.

contatti, relazioni, cooperare con i propri membri e con altri popoli³⁶, riconoscere ed applicare trattati, accordi conclusi con Stati o loro successori³⁷.

Esempi di realizzazione del diritto all'autodeterminazione, che ovviamente si attua in modo diverso, a seconda delle specifiche strutture e particolarità di ogni popolo³⁸, si trovano in Canada dove nel 1999 è stato creato, in base all'accordo sulle rivendicazioni territoriali del Nunavut del 1993³⁹, il territorio autonomo del Nunavut abitato dal popolo inuit, in Panama dove sono state costituite unità territoriali denominate "comarcas" governate da consigli locali e governatori tradizionali "caciques"⁴⁰. Gli Stati Scandinavi hanno adottato leggi e programmi per salvaguardare e promuovere la lingua e la cultura sami⁴¹. Nel 1973 il governo finlandese ha istituito un Parlamento Sami, la Norvegia lo ha creato nel 1987⁴² e la Svezia nel 1992. I parlamenti semiautonomi sono eletti dal popolo sami e rappresentano tale popolo in ognuno dei tre Stati. Essi sono subordinati ai governi centrali dei tre Stati ma le autorità pubbliche sono obbligate a consultarli nelle materie riguardanti i territori occupati dai sami, la loro cultura e il loro modo di vivere. In Russia, dove i sami abitano la penisola di Kola, non è dato a questo popolo la stessa tutela. Nel 1990 la Finlandia e la Norvegia hanno emanato specifiche leggi per consentire ai sami l'uso della loro lingua quando trattano con il governo⁴³. In Norvegia ed in Svezia l'allevamento delle renne costituisce un diritto esclusivo del popolo sami. Nelle Filippine la costituzione del 1987 all'art. 10 sez. 15 ha istituito le regioni autonome in Muslim Mindanao ed in Cordilleras concedendo ai popoli indigeni ivi stanziati un self-government⁴⁴.

³⁶ L'articolo 36 dispone che "1. Indigenous peoples, in particular those divided by international borders, have the right to maintain and develop contacts, relations and cooperation, including activities for spiritual, cultural, political, economic and social purposes, with their own members as well as other peoples across borders".

³⁷ L'articolo 37 stabilisce che: "1. Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements. 2. Nothing in this Declaration may be interpreted as diminishing or eliminating the rights of indigenous peoples contained in treaties, agreements and other constructive arrangements".

³⁸ V. S. ERRICO, *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 167 ss., in particolare p. 170.

³⁹ V. il testo sul sito http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/pdf/nunav_e.pdf. In riferimento al territorio di Nunavut ed al diritto all'autonomia di governo del popolo inuit v. M. MAZZA, *La condizione giuridica dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 1199 ss., in particolare 1207 ss.

⁴⁰ Si veda il sito <http://www.oit.or.cr/unfip/publicaciones/panama.pdf>.

⁴¹ V. L.A. BAER, *The rights of Indigenous Peoples: A Brief Introduction in the Context of the Sámi*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2005, p. 245 ss.

⁴² V. H. P. GRAVER, G. ULFSTEIN, *The Sami People's Right to Land in Norway*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2004, p. 337 ss..

⁴³ V. A. MOYERS, *Linguistic Protection of the Indigenous Sami in Norway, Sweden, and Finland*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2005, p. 363 ss.

⁴⁴ "There shall be created autonomous regions in Muslim Mindanao and in the Cordilleras consisting of provinces, cities,

In base al principio di autodeterminazione è riconosciuta la possibilità per i popoli indigeni di concludere trattati ed accordi con lo Stato sul cui territorio si trovano, come gli accordi di San Andreas negoziati tra l'esercito di liberazione zapatista ed il presidente del Messico Ernesto Zedillo nel 1996, gli accordi di Pace del Guatemala, incluso l'accordo sull'identità ed i diritti dei popoli indigeni negoziati nello stesso anno tra l'Unità rivoluzionaria nazionale del Guatemala e lo Stato del Guatemala, e gli accordi del Canada con gli Indi, Meti ed Inuit conclusi in base alla sezione 35, par. 1, della Costituzione del 1982. Ovviamente si tratta di accordi *sui generis*⁴⁵ che hanno un'efficacia solo all'interno dello Stato e non un rilievo a livello internazionale.⁴⁶

Nelle più recenti costituzioni degli Stati, in cui sono presenti popoli indigeni, sono state inserite disposizioni che espressamente affermano un riconoscimento formale di tali popoli e dei loro diritti, come la costituzione dell'Ecuador, che alle sezioni 83-85 riconosce diritti collettivi ai popoli indigeni, o la Costituzione messicana che all'art 2 contempla il diritto all'autodeterminazione⁴⁷.

La preoccupazione avanzata da più Stati e che ha determinato il voto contrario sulla Dichiarazione ONU sopra citata di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti, in cui sono presenti diversi popoli indigeni, è che tale autodeterminazione possa comportare un diritto di secessione; a loro avviso “the provisions articulating self-determination for indigenous peoples... could be misrepresented as conferring a unilateral rights to self-determination and possibile secession upon a specific subset of the national populace, thus threatening the political unity, territorial integrity and the stability of existing UN member states”⁴⁸. Ad evitare qualsiasi dubbio in proposito la Norvegia aveva proposto di includere un riferimento esplicito al principio di integrità territoriale⁴⁹. L'emendamento non è stato accolto e si è solo affermato, all'art. 46, che “nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations” ed uno dei prin-

municipalities, and geographical areas sharing common and distinctive historical and cultural heritage, economic and social structures, and other relevant characteristics within the framework of this Constitution and the national sovereignty as well as territorial integrity of the Republic of the Philippines”.

⁴⁵ L'espressione è utilizzata dalla Corte Suprema del Canada nel caso *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387 consultabile sul sito <http://www.csc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985rcs2-387/1985rcs2-387.html>.

⁴⁶ V. *Analysis of Principles, Processes and the Essential Elements of Modern Treaty-Making - The Canadian Experience*, consultabile sul sito http://www.ainc-inac.gc.ca/nr/spch/unp/ana_e.html.

⁴⁷ “The Mexican nation is unique and indivisible. The nation has a multicultural composition, originating in its indigenous people, who are descended from people who lived in the current territory of the country, who live in it now, and who keep their own social, economic, cultural, and political institutions or parts of these.... The right of indigenous people to self-determination will be exercised in a constitutional way that assures national unity”.

⁴⁸ V. Le dichiarazioni congiunte di Australia, Nuova Zelanda e Stati Uniti nella seduta del 27 giugno 2006 dello *Human Rights Council*.

⁴⁹ V.UN Doc. E/CN.4/2003/92.

cipi essenziali della Carta è proprio il principio di integrità territoriale. Anche se nel testo della Dichiarazione non vi è un richiamo espresso a tale principio, dalle proposte e dalle affermazioni pronunciate dai rappresentanti degli Stati e dei popoli indigeni, in seno al Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene delle Nazioni Unite istituito nel 1982 dal Consiglio economico e sociale⁵⁰ e poi in sede di Gruppo di lavoro sul progetto di dichiarazione creato nel 1995⁵¹, risulta che si è ormai consolidata una prassi uniforme che esclude qualsiasi lettura secessionista dell'autodeterminazione⁵².

b) *diritto al consenso libero, preventivo ed informato.*

Tale diritto costituisce un requisito per l'esercizio dell'autodeterminazione e permette di determinare liberamente il proprio *status* politico, le relazioni con gli altri popoli e nazioni e di perseguire le forme di sviluppo che sono più appropriate alla cultura, alle necessità e alle circostanze del caso specifico⁵³. Il consenso deve essere libero, cioè privo di coercizione e di pressione esterna, inclusi incentivi monetari e tattiche di divisione e separazione o minacce di ritorsione. Deve essere reso preventivamente informando il popolo indigeno con sufficiente anticipo sui progetti in materie che lo riguardano, offrendogli dati e materiale al riguardo, inclusi traduzioni nella sua lingua tradizionale e divulgazione orale. Il consenso può essere definito come la dimostrazione chiara ed inequivocabile del necessario accordo da ottenere secondo le tradizionali procedure di consenso normalmente utilizzate da quel particolare popolo indigeno⁵⁴.

La Convenzione n. 169 dell'OIL riconosce il principio del consenso libero ed informato in caso di trasferimento di popoli indigeni⁵⁵ e sostiene che essi devono essere con-

⁵⁰ V. ECOSOC Res. 1982/34.

⁵¹ V. la Risoluzione 1995/32 della Commissione dei diritti dell'uomo e la risoluzione 1995/32 del Consiglio economico e sociale.

⁵² V. al riguardo A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, in particolare p. 290 ss.

⁵³ V. J. CARIÑO, *Indigenous Peoples' Rights to Free ,Prior, Informed Consent: Reflections on Concepts and Practice*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2005 p. 19 ss; M. COLCHESTER, M. F. FERRARI, 2007, *Making FPIC Work: Challenges and Prospects for Indigenous Peoples, Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh*, consultabile sul sito <http://www.forestpeoples.org/documents/law/hr/fpic.synthesis.jun07.eng.pdf>.

⁵⁴ "Free, prior and informed consent should not be understood as a one-off, yes-no vote or as a veto power for a single person or group. Rather, it is a process by which indigenous peoples, local communities, government, and companies may come to mutual agreements in a forum that gives affected communities enough leverage to negotiate conditions under which they may proceed and an outcome leaving the community clearly better off.": si veda *Striking a Better Balance. The World Bank Group and Extractive Industries. The Final Report of the Extractive Industries Review*, in <http://www.eireview.org/eir/eirhome.nsf/be65a087e9e6b48085256acd005508f7/75971F6A8E5111385256DE80028BEE2?Opendocument>.

⁵⁵ L'articolo 16 afferma che: "1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy. 2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their *free and informed consent* [il corsivo è nostro]. Where

sultati nelle materie che li riguardano⁵⁶.

La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni si basa sui principi della consultazione e della cooperazione tra Stato e popoli indigeni distinguendo tra diritto alla piena partecipazione nelle istituzioni e nei processi di “governance” relativi al loro sviluppo sociale, economico, culturale ed educativo⁵⁷ e diritto al consenso⁵⁸.

Vari comitati e commissioni delle Nazioni Unite richiamano il principio del consenso libero, preventivo ed informato. Il Comitato sull’eliminazione della discriminazione razziale nella raccomandazione n. 23 relativa ai popoli indigeni (par 4 d)) afferma che gli Stati devono “ensure that members of indigenous people have rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent”⁵⁹. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali si sofferma sul consenso in relazione allo sfruttamento delle risorse e sostiene che occorre assicurare “that natural extracting concessions have been granted o international companies without the full consent of the concerned communities⁶⁰”.

La sottocommissione sulla promozione e protezione dei diritti umani ha incaricato Antoanella_Iulia Motoc e la Fondazione Tebtebba di redigere un “legal commentary” sul

their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned”.

⁵⁶ L’articolo 6 stabilisce che: “1. In applying the provisions of this Convention, Governments shall: (a) Consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly; (b) Establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them; (c) Establish means for the full development of these peoples’ own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.”. L’articolo 15 afferma che: “1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources. 2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities”.

⁵⁷ L’articolo 18 afferma che “indigenous peoples have the right to participate in decision-making in matters which would affect their rights, through representatives chosen by themselves in accordance with their own procedures, as well as to maintain and develop their own indigenous decision-making institutions”.

⁵⁸ L’articolo 19 stabilisce che: “States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them”.

⁵⁹ In <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/099b725fe87555ec8025670c004fc803/73984290dfea022b802565160056fe1c?OpenDocument>.

⁶⁰ V. E/EC.12/1/Add.74, para 12.

principio del consenso libero, preventivo ed informato⁶¹ al fine di predisporre le *guidelines* per l'applicazione del principio.

La Commissione interamericana sui diritti umani fin dal 1984 ha sostenuto il diritto al consenso⁶², che ha poi richiamato in alcuni casi riguardanti popoli indigeni stanziati negli Stati Uniti e nel Belize. Nel rapporto sul caso *Mary and Carrie Dann c. Stati Uniti*, riguardante il diritto alla terra e alle risorse del popolo *Western Shoshone*, la Commissione ha affermato che devono essere garantite “special measures to ensure recognition of the particular and collective interest that indigenous people have in the occupation and use of their traditional lands and resources and their right not to be deprived of this interest except with fully informed consent”⁶³. Nel caso delle *Comunità indigene Maya c. Belize* la Commissione ha sostenuto che le concessioni per l'estrazione e sfruttamento del petrolio “without effective consultations with and the informed consent of the Maya people” costituiscono una violazione di diritti umani⁶⁴.

La Corte interamericana, dal suo canto, nel caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* ha concluso che lo Stato convenuto avesse violato i diritti umani di tale comunità, in particolare il diritto di proprietà sulle terre ancestrali e sulle risorse naturali dando in concessione ad una impresa straniera (la *Sol del Caribe S.A.*) il diritto di sfruttamento forestale delle terre comunitarie senza il consenso della stessa Comunità⁶⁵.

La Corte costituzionale della Colombia nel 1997 ha ordinate la sospensione di una concessione per lo sfruttamento delle risorse petrolifere su di un territorio abitato dal popolo *Uva* perché dato senza aver preventivamente consultato tale popolo⁶⁶. Lo stesso anno la

⁶¹ V. E/CN.4/Sub 2/AC.4/2005/WP.1

⁶² V. *Report on the Situation of Human Rights of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, in Inter-Am. C.H.R. 120, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 26 (1984).

⁶³ V. *Mary and Carrie Dann v. U.S.*, Case no. 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R. par. 131, OEA/Ser.L/V/II.117, doc.1 rev.1 (2003).

⁶⁴ “One of the central elements to the protection of indigenous property rights is the requirement that states undertake effective and fully informed consultations with indigenous communities ... [these rights] specially oblige a member state to ensure ... a process of fully informed consent on the part of the indigenous community as a whole. This requires, at a minimum, that all of the members of the community are fully and accurately informed of the nature and consequences of the process and provided with an effective opportunity to participate individually or as collectives. ... [T]hese requirements are equally applicable to decisions by the State that will have an impact upon indigenous lands and their communities, such as the granting of concessions to exploit the natural resources of indigenous territories”: *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, Case no. 12.053, Report No. 40/04 par. 142, consultabile in <http://www.cidh.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>. A commento di tale sentenza v. S. J. ANAYA, C. GROSSMAN, *The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2002, p. 1 ss.

⁶⁵ V. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 79 (2001).

⁶⁶ V. Sentencia SU-039 febrero 3 de 1997 [Corte Constitucional] 655 (Colom.). “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho

Corte suprema del Canada nel caso *Delgamuukw* ha accertato l'esistenza di un obbligo di consultazione da rispettare in buona fede e con l'intenzione di tener conto delle concrete necessità del popolo indigeno⁶⁷.

c) *diritto al possesso, utilizzazione, controllo e gestione delle terre, dei territori e delle risorse.*

Come viene riconosciuto dalla dottrina esiste uno “stretto rapporto funzionale riscontrabile fra controllo del territorio ed il mantenimento dell'identità specifica delle popolazioni indigene”⁶⁸. Ripetendo quanto affermato da Erica-Irene Daes nel rapporto finale della sottocommissione sulla promozione e protezione dei diritti umani sulla sovranità permanente dei popoli indigeni sulle risorse naturali si può dire che “indigenous peoples have a collective right to the lands and territories they traditionally use and occupy and that this right includes the right to use, own, manage and control the natural resources found within their lands and territories”⁶⁹.

I colonizzatori europei consideravano le terre che scoprivano e conquistavano *terrae nullius* su cui nessun diritto poteva essere rivendicato dalle popolazioni locali. In senso letterale, *terra nullius* implica uno *status* libero, un territorio che è fisicamente e giuridicamente vacante. Il concetto giuridico di *terra nullius* deriva dal principio di diritto romano conosciuto come *occupatio*⁷⁰, che conferisce automaticamente titolo a chi sco-

fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”. Si veda il sito <http://190.24.134.68/relatoria/1997/SU039-97.rtf>.

⁶⁷ V. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R., par. 168, consultabile sul sito <http://www.csc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-1010/1997rcs3-1010.html>: “There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue”.

⁶⁸ V. P. PUSTORINO, *Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 259 ss., in particolare p. 261.

⁶⁹ V. E/CN.4/SUB.2/2004/30, par. 39.

⁷⁰ Nelle Istituzioni di GAIUS si afferma: G.2.66: naturali nobis ratione adquireuntur quae occupando ideo consecuti erimus, quia antea nullius essent: qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur. 2.67: Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit, statim nostrum fit.

pre una proprietà che non apparteneva a nessuno⁷¹. Questa tesi però non è stata molto seguita né dalla dottrina né nella prassi. Già Francisco de Victoria, nel 1539, diceva che “indi barbari, antequam Hispani ad illos venissent, errant veri domini, et publice et privatim”⁷². La Corte Internazionale di Giustizia nel parere sul Sahara occidentale, reso nel 1975, ha affermato in modo chiaro ed inequivocabile che è illegittima l’acquisizione della sovranità di un territorio abitato da popoli o tribù senza il consenso o l’accordo di questi ultimi⁷³.

L’esistenza di diritti di possesso da parte di popoli indigeni è stata affermata nella giurisprudenza interna già nel secolo diciottesimo in particolare dalla Corte suprema degli Stati Uniti⁷⁴ e dalla Corte suprema della Nuova Zelanda⁷⁵.

Attualmente la giurisprudenza canadese, australiana e malaysiana sostengono l’esi-

⁷¹ V. E. DE Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law, Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and Sovereigns*, traduzione a cura di C. FENWICK, Washington, 1916, p. 84 ‘When, therefore, a Nation finds a country uninhabited and without an owner, it may lawfully take possession of it’.

⁷² V. DE VICTORIA F., *De indis et de iure belli relectiones*, in E.NYS (a cura di), Washington, 1917, p. 218.

⁷³ “Whatever differences of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*. It shows that in the case of such territories the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through “occupation” of *terra nullius* by original title but through agreements concluded with local rulers. On occasion, it is true, the word “occupation” was used in a non-technical sense denoting simply acquisition of sovereignty; but that did not signify that the acquisition of sovereignty through such agreements with authorities of the country was regarded as an “occupation” of a “*terra nullius*” in the proper sense of these terms. On the contrary, such agreements with local rulers, whether or not considered as an actual “cession” of the territory, were regarded as derivative roots of title, and not original titles obtained by occupation of *terrae nullius*”: *ICJ Western Sahara, Advisory Opinion*, 16 October 1975, par. 80, consultabile sul sito <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>.

⁷⁴ Si tratta di tre sentenze in cui Presidente della Corte era il giudice Marshall e perciò note come “Marshall Trilogy” relative ai casi *Johnson v. McIntosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) e *Worcester v. Georgia* (1832). Nella prima sentenza la Corte affermò che la sovranità tribale, sebbene indebolita dalla colonizzazione europea, non si era estinta. Nella stessa sentenza si rilevò che “In the establishment of these relations [between Europeans and Indians], the rights of the original inhabitants, were in no instance, entirely disregarded. They were admitted to be the rightful occupants of the soil, with the legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion” (Getches, Wilkinson, and Williams, Jr. 1993, 144). Nella sentenza *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) si affermò che le tribù indiane costituivano “a distinct political society, separated from others, capable of managing [their] own affairs and governing [themselves]”. Nella sentenza *Worcester v. Georgia* (1832), la Corte sostenne che la sovranità tribale non si estingueva neanche quando le tribù indiane cambiavano territorio per motivi di pace o di protezione.

⁷⁵ Le sentenze più note sono rispettivamente quella relativa al caso *R v. Symonds*, in cui il Presidente della Corte suprema affermò che “Whatever may be the opinion of jurists as to the strength or weakness of the Native title ... it cannot be too solemnly asserted that it is entitled to be respected, that it cannot be extinguished (at least in times of peace) otherwise than by the free consent of the Native occupiers” e tre sentenze del *Privy Council* relative ai casi *Nireaha Tamaki v. Baker* [1901] NZPCC 371; *Te Teira Te Paea v. Te Roera Tareha* [1902] AC 56; e *Manu Kapua v. Para Haimona* [1913] AC 56.

stenza di un titolo aborigeno (Canada)⁷⁶ o di un titolo nativo (Australia⁷⁷ e Malaysia⁷⁸) in base al quale riconoscere il diritto di proprietà dei popoli indigeni. Si tratta di un titolo collettivo che attribuisce alla comunità indigena il diritto all'uso del territorio e al godimento delle risorse esistenti in superficie e sotterranee⁷⁹. La titolarità del diritto trova fondamento nell'esercizio continuato e non interrotto del possesso delle terre da un periodo antecedente all'occupazione da parte dei colonizzatori e regolato da usi consuetudini propri di quel popolo o in uno specifico accordo concluso tra lo Stato e il popolo indigeno⁸⁰.

Particolarmente interessante risulta la sentenza del 18 ottobre 2007 della Corte suprema del Belize sul diritto delle Comunità Maya dei villaggi di Conejo e di Santa Cruz al possesso e allo sfruttamento delle terre e all'apposizione di confini per delimitare i loro ter-

⁷⁶ Il caso giurisprudenziale più noto (*Delgamuukw v. British Columbia*) risale al dicembre 1997 quando la Corte suprema canadese affermò che il titolo aborigeno è protetto dall'art. 35 della Costituzione del 1982 (The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed) e che le terre per le quali esiste un titolo autoctono non possono essere cedute se non alla Corona federale e non possono essere utilizzate per un uso incompatibile con la natura del legame che unisce il gruppo aborigeno con le terre in questione. Affinché la Corona possa giustificare una violazione di un titolo autoctono occorre che abbia un motivo imperativo e valido per farlo e comunque deve preliminarmente consultare il gruppo autoctono in questione e, in certi casi, deve indennizzarlo. Il caso giurisprudenziale più recente risale al 21 novembre 2007 (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*).

⁷⁷ Il caso giurisprudenziale più noto risale al 3 giugno 1992 (*Mabo and others v. Queensland*) in cui l'Alta Corte australiana ha affermato che "Native title to land survived the Crown's acquisition of sovereignty and radical title. The rights and privileges conferred by native title were unaffected by the Crown's acquisition of radical title but the acquisition of sovereignty exposed native title to extinguishment by a valid exercise of sovereign power inconsistent with the continued right to enjoy native title". Dopo tale sentenza nel 1993 il Governo federale australiano introdusse una specifica legge, il *Native Title Act* successivamente emendato nel 1998 attraverso il *Native Title Amendment Act*.

⁷⁸ V. il caso *Adong bin Kerajaan Negri Johor & Anor v. The Government of Johore* [1997] 1 MLJ 418. In materia si veda inoltre la sentenza della Corte d'Appello [1998] 2 MLJ 158, concernente il popolo indigeno *Orang Asli* stanziato nella penisola della Malaysia ed il caso *Nor Anak Nyawai et al. v. Borneo Pulp Plantation et al.* [12 May 2001], No 22-28-99-I, risolto dalla *High Court for Sabah and Sarawak at Kuching* e confermato in appello l'8 luglio 2005 concernente i popoli indigeni stanziati in Sarawak, nel nord del Borneo. Su tali casi si veda P. CROOK, *After Adong: The Emerging Doctrine of Native Title in Malaysia*, consultabile sul sito <http://www.commonlii.org/my/journals/JMCL/2005/3.html>.

⁷⁹ V. J. GILBERT, *Historical Indigenous Peoples' Land Claims: a Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 583 ss.; F. LENZERINI, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples*, in *Texas International Law Journal*, 2006, p. 155 ss.

⁸⁰ In Nuova Zelanda il titolo aborigeno venne riconosciuto dall'art. 2 del Trattato di Waitangi, concluso il 6 febbraio 1840 tra William Hobson, in qualità di rappresentante della Corona inglese, e 40 capi delle tribù Maori dell'Isola del Nord. Secondo tale articolo "Her Majesty the Queen of England confirms and guarantees to the Chiefs and Tribes of New Zealand and to the respective families and individuals thereof the full exclusive and undisturbed possession of their Lands and Estates Forests Fisheries and other properties which the may collectively or individually possess so long as it is their wish and desire to retain the same in their possession; but the Chiefs of the United Tribes and the individual Chiefs yield to Her Majesty the exclusive right of Pre-emption over such lands as the proprietors thereof may be disposed to alienate at such prices as may be agreed upon between the respective Proprietors and persons appointed by Her Majesty to treat with them in that behalf". Sul Trattato di Waitangi v. T. SCOVAZZI, *Kawanatanga e rangatiratanga: a proposito del Trattato di Waitangi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 724 ss.

ritori⁸¹. In essa il Presidente della Corte Conteh ha asserito che esiste un diritto consuetudinario tradizionale Maya di possesso della terra, confermata da prove testimoniali e consulenze tecniche da parte di esperti che dimostrano la presenza di tali comunità sul territorio da tempo immemorabile (par.40)⁸². Inoltre ha anche riconosciuto i diritti individuali e comunitari sulle terre di Santa Cruz e di Conejo, riguardanti in particolare il diritto di occupare tali terre, di praticare la caccia e la pesca e usufruire di tutte le risorse (par. 67) in quanto l'acquisizione della sovranità sul Belize, prima da parte della Corona britannica poi dai governi indipendenti successivi, non ha fatto decadere i diritti preesistenti dei Maya sui loro territori (par. 77). Il Presidente ha poi dichiarato che “the claimants' rights to and interests in their lands, in accordance with Maya customary land tenure, form a kind or species of property that is deserving of the protection the Belize Constitution accords to property in general. There is no doubt this form of property, from the evidence, nurtures and sustains the claimants and their very way of life and existence”. Egli ha aggiunto che “this discriminatory treatment stems largely from the fact that the claimants are Maya and practice the customary land tenure system of their people. The failure of the defendants to recognize and validate this system falls short of the Constitution's guarantee of equality and non-discrimination.” Di particolare rilievo è il richiamo alle norme internazionali sui diritti dei popoli indigeni. Il Presidente della Corte ha affermato che il Belize, in quanto membro della comunità internazionale e parte contraente di trattati internazionali, è tenuto al rispetto del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, della Carta istitutiva dell'Organizzazione degli Stati americani. Ha poi ricordato gli obblighi di diritto consuetudinario e i principi generali di diritto internazionale ed ha, a tal proposito, fatto riferimento alla Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni che all'art 26 afferma che “1. Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired. 2. Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they pos-

⁸¹ La sentenza riguarda la controversia iniziata nel 1996 dinanzi ai tribunali nazionali, che avevano sottovalutato le questioni poste dalle comunità Maya, poi portate all'attenzione della Commissione interamericana nel 1998 il cui rapporto finale è stato reso nel 2004 (v. <http://www.cidh.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>). La Commissione aveva riconosciuto la violazione da parte del Belize del “right to property enshrined in Article XXIII of the American Declaration to the detriment of the Maya people” (par. 193) e del “right to equality before the law, to equal protection of the law, and to non discrimination enshrined in Article II of the American Declaration to the detriment of the Maya people” (par. 195). La Commissione chiedeva al Belize di adottare tutte le misure necessarie per delimitare e riconoscere un titolo giuridico da parte dei Maya sulle terre da essi rivendicate. La mancata adozione delle misure raccomandate ha indotto le Comunità Maya dei villaggi di Conejo e di Santa Cruz a rivolgersi alla Corte suprema del Belize.

⁸² V. il testo della sentenza in http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf.

sess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired.³ States shall give legal recognition and protection to these lands, territories and resources. Such recognition shall be conducted with due respect to the customs, traditions and land tenure system of the indigenous peoples concerned”. Tale Dichiarazione, pur non essendo obbligatoria, contiene principi generali di diritto internazionale. Infatti “This Declaration embodying as it does, general principles of international law relating to indigenous peoples and their lands and resources, is of such force that the defendants, representing the Government of Belize, will not disregard it”.

Per quanto concerne invece la prassi internazionale possiamo ricordare i casi sottoposti al Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, alla Commissione e alla Corte interamericana sui diritti dell’uomo.

Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite si è più volte pronunciato sul trattamento da parte del Canada del popolo nativo *Lubicon* che vive ad Alberta⁸³. Sia nel rapporto del 1990 che successivamente, nel 2005 e nel 2006, il Comitato ha affermato che il mancato riconoscimento da parte del Canada dei diritti sulle terre ancestrali è contrario al divieto di discriminazione sancito dall’articolo 27 del Patto del 1966 sui diritti civili e politici⁸⁴.

La Commissione e la Corte interamericana sui diritti dell’uomo sono state chiamate a risolvere la controversia, già richiamata, che oppose il Nicaragua e la *Comunità Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, che occupa un territorio delle coste nicaraguesi sull’Atlantico⁸⁵. Il territorio abitato da tale comunità è ricco di legname ed altre risorse naturali. Nel 1996 il Nicaragua aveva stipulato un contratto di licenza trentennale con una compagnia coreana, la *Sol de Caribe S.A. (SOLCARSA)* per lo sfruttamento della foresta tropicale. I membri della *Comunità Mayagna* si sono rivolti alla Corte suprema del Nicaragua per vedersi riconosciuti i diritti civili e politici e per far dichiarare nullo il contratto di licenza che era stato firmato senza aver ottenuto preventivamente i visti richiesti per il rilascio della licenza di concessione forestale e in seguito alla Commissione interamericana perché il Nicaragua non aveva rispettato gli obblighi assunti con la Convenzione americana. La Commissione, accertata la sussistenza della violazione, ha raccomandato al Nicaragua di delineare i confini della terra abitata dal popolo indigeno, di registrare queste terre e di risarcire la

⁸³ I *Lubicon*, sono una Nazione nativa di circa 500 persone che vivono nel nord di Alberta, in Canada. Il governo canadese ha avviato un programma di estrazione massiccia di petrolio e di gas sulla loro terra, senza il loro consenso e di fatto non ha mai portato a termine i negoziati che si era impegnato a condurre con tale popolo. Sulla questione v. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/LLIN.pdf> - 2007-10-22.

⁸⁴ “Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of article 27 so long as they continue”. V. UN document CCPR/C38/D/167/1984.

⁸⁵ Sulla controversia v. C. GROSSMAN, *Awas Tingni v. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System*, in *Human Rights Brief*, 2001, fasc. 3, p. 2 ss., consultabile anche in <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/08/3tingni.cfm>.

Comunità *Mayagna* per la perdita delle risorse. Successivamente, visto che le sue raccomandazioni non sono state rispettate, ha deferito la questione alla Corte interamericana. La Corte ha constatato la violazione da parte del Nicaragua dell'art. 21 della Convenzione interamericana, che sancisce il diritto di proprietà privata,⁸⁶ ed ha affermato che il Nicaragua deve adottare misure legislative e amministrative per assicurare la ricognizione effettiva ed ufficiale delle terre tradizionali abitate dalla Comunità indigena in conformità al diritto consuetudinario, valori, usi e costumi. La Corte ha inoltre precisato che “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios.”⁸⁷

Connesso al diritto di proprietà delle terre, delle risorse e dei territori è il diritto alla riparazione, che assicura, in caso di spossessamento, la restituzione dei beni sottratti o, nel caso in cui ciò non è possibile, un indennizzo giusto ed equo. In sede di progetto di Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, tale problema è stato oggetto di ampi dibattiti. La preoccupazione degli Stati ex colonizzatori come l'Australia era che le richieste di restituzione da parte di popoli indigeni potessero riguardare anche situazioni pregresse, territori e beni che da tempo essi non occupano o non posseggono. Per l'Australia si poteva discutere di un diritto di restituzione solo in relazione “to lands that indigenous peoples currently owned or exclusively used”⁸⁸.

Dopo ampi e accesi dibattiti si è giunti all'approvazione degli articoli 12⁸⁹ e 28,⁹⁰ che sembrerebbero applicare gli stessi criteri seguiti nel progetto di codificazione sulla responsabilità internazionale degli Stati⁹¹ per cui lo Stato che si è illecitamente appropriato dei

⁸⁶ L'art. 21 dice che “1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law”.

⁸⁷ In argomento v. S. J ANAYA.- C. GROSSMAN, *The Case of Awas Tingni*, cit., p. 1ss.

⁸⁸ V. UN DOC. E/CN.4/2003/92, p. 8 (par. 32).

⁸⁹ All'art. 12, par. 2, si stabilisce che “States shall seek to enable the access and/or repatriation of ceremonial objects and human remains in their possession through fair, transparent and effective mechanisms developed in conjunction with indigenous peoples concerned”.

⁹⁰ All'art. 28 si stabilisce che “Indigenous peoples have the right to redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent. 2. Unless otherwise freely agreed upon by the peoples concerned, compensation shall take the form of lands, territories and resources equal in quality, size and legal status or of monetary compensation or other appropriate redress.

⁹¹ V. in particolare gli articoli 35 e 36 del progetto. Article 35 (Restitution): A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the

beni, delle terre delle risorse o dei territori di popoli indigeni deve restituirli e ove questo non è possibile deve provvedere al risarcimento.

d) diritto alla diversità culturale.

I popoli indigeni rivendicano un diritto di proprietà che non riguarda solo le terre e le risorse naturali bensì anche i profili culturali le conoscenze tradizionali. Come ha sottolineato la Corte interamericana il concetto di proprietà privata di cui all'art. 21 della Convenzione americana ha un significato autonomo e del tutto diverso da quello attribuitogli nel diritto interno⁹²: “esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad⁹³”. Infatti, sempre secondo la Corte, “the close relationship of indigenous peoples with the land must be acknowledged and understood as the fundamental basis for their culture, spiritual life, wholeness, economic survival, and preservation and transmission to future generations”⁹⁴.

Come è stato autorevolmente sostenuto la tutela dell'integrità culturale dei popoli indigeni costituisce il tema fondamentale della Convenzione OIL n. 169 ed il nucleo principale della Dichiarazione delle Nazioni Unite del 2007⁹⁵.

Nella Convenzione sopra citata si afferma, nel preambolo, che “l'aspirazione dei popoli [indigeni] al controllo delle istituzioni, dei modi di vita e di sviluppo economico loro propri, nonché alla conservazione e sviluppo della propria identità, della propria lingua e della propria religione” e all'art. 5 si afferma che “si dovrà: a) riconoscere e tutelare i valori e le usanze sociali, culturali, religiosi e spirituali di questi popoli e tenere nella dovuta considerazione la natura dei problemi con cui essi si confrontano, sia collettivamente che individualmente; b) rispettare l'integrità dei valori, delle usanze e delle istituzioni di questi popoli”.

La Dichiarazione ONU sui popoli indigeni nel preambolo afferma che “Indigenous

wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) Is not materially impossible; (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation. Article 36 (Compensation) 1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. 2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established. In generale sull'obbligo di riparazione v. M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milano 1990.

⁹² “The terms of an international human rights treaty have an autonomous meaning, for which reason they cannot be made equivalent to the meaning given to them in domestic law”. I/A COURT H.R., *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Merits, Reparations and Costs*, sentenza del 31 agosto 2001. Series C No. 79, par. 146.

⁹³ V. la sentenza del 29 marzo 2006 relativa al caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya V. Paraguay*, par. 120, consultabile sul sito http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.doc.

⁹⁴ V. la sentenza del 17 giugno 2005 relativa al caso *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, par. 131, consultabile sul sito http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.doc.

⁹⁵ V. S. J. ANAYA, *International Human Rights and Indigenous Peoples: the Move toward the Multicultural State*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2004, p.13 ss. e in particolare p.23 ss.

peoples are equal to all other peoples, while recognizing the right of all peoples to be different, to consider themselves different, and to be respected as such” e all’art. 31 dichiara che “Indigenous peoples have the rights to maintain, control, protect and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions”.

Il progetto di Dichiarazione Americana sui diritti dei popoli indigeni all’art. XII, par. 1, stabilisce che “1. Indigenous peoples have the right to their cultural integrity and to their historical and ancestral heritage, which are important for their collective continuity, and for their identity and that of their members and their States. Nella stessa disposizione, al par.3, si stabilisce che “Indigenous people have the right to recognition and respect for all their ways of life, world views, spirituality, uses and customs, norms and traditions, forms of social, economic and political organization, forms of transmission of knowledge, institutions, practices, beliefs, values, dress and languages”.

L’unico limite posto dal diritto internazionale al principio che sancisce il diritto all’integrità culturale è dato dalla tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Come è espressamente affermato nella Convenzione UNESCO sulla diversità culturale, all’art. 4, “la difesa della diversità culturale è un imperativo etico, inscindibile dal rispetto della dignità della persona umana. Essa implica l’impegno a rispettare i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali, in particolare i diritti delle minoranze e dei popoli autoctoni. Nessuno può invocare la diversità culturale per minacciare i diritti dell’uomo garantiti dal diritto internazionale, né per limitarne la portata”⁹⁶. Ad esempio alcune tradizioni etniche, religiose che costituiscono discriminazioni contro le donne (il non riconoscimento come membri di diritto dei figli di donne indiane sposate al di fuori della tribù, il diniego alle donne indiane di religione islamica del diritto di appellarsi alle corti statali per ottenere da parte del coniuge divorziato il rispetto dell’obbligo di mantenimento dell’ex moglie)⁹⁷ o provocano danni alle donne (mutilazioni dei genitali femminili) non possono essere considerate come diritti all’integrità culturale in quanto contrarie ai diritti umani.

e) diritto sulle conoscenze tradizionali.

Le conoscenze tradizionali consistono in innovazioni, creazioni e pratiche che traggono origine e vengono usate da comunità indigene e locali (agricoltori, pastori, pescatori

⁹⁶ Come precisa T. CARMELITANO, *La Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione delle diversità culturali*, in *In. Law*, 2006, p. 239 ss., in particolare p. 243, consultabile anche sul sito <http://www.inlawjournal.it>, “scopo della Convenzione [UNESCO] non è quello di tutelare la diversità culturale nel senso più ampio del termine, ma piuttosto le varie forme di espressione culturale che risultano dalla creatività degli individui, dei gruppi e delle società e che hanno un contenuto culturale (art. 4. par. 3)”. In generale su tale Convenzione v. M. IOVANE, *The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Identity: Some Theoretical and Pratical Considerations*, in *International Journal on Minority and Group Rights.*, 2007, p. 231 ss.

⁹⁷ V. A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women’s Rights*, Cambridge, 2001, p. 45 ss.

o nomadi) e vengono trasmesse di generazione in generazione, di solito in forma orale o attraverso esempi, mentre le fonti scritte sono scarse e spesso in lingue locali. Esse sono per lo più usate in comune dai popoli indigeni e non sono proprietà dei singoli individui.

Come è affermato nella Convenzione sulla protezione e promozione della diversità culturale è ormai riconosciuta “the importance of traditional knowledge as a source of intangible and material wealth, and in particular the knowledge systems of indigenous peoples, and its positive contribution to sustainable development, as well as the need for its adequate protection and promotion”. Non si afferma però un diritto di proprietà sulle conoscenze tradizionali da parte dei popoli indigeni ma di protezione e promozione per beni che costituiscono un patrimonio comune dell’umanità o che vengono affidati ad una amministrazione fiduciaria o *trust* o almeno sono considerate di interesse comune dell’umanità.

La preoccupazione, in sede UNESCO, come negli altri ambiti in cui tali problemi sono ampiamente dibattuti quali la FAO, l’OMPI il Consiglio TRIPS, è di conservare e tutelare un patrimonio che si sta estinguendo e la cui perdita costituisce un danno per tutta la comunità internazionale. Ai popoli indigeni viene solo riconosciuto un diritto al consenso per l’utilizzazione delle risorse genetiche esistenti nei territori da loro occupati e la condivisione dei benefici economici che possono derivare dal loro utilizzo.

Seguendo tale impostazione la Convenzione di Rio sulla diversità biologica del 5 giugno 1992, all’art. 8j), afferma che “each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate... subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices” e all’art. 15 dichiara che l’accesso alle risorse genetiche e la ripartizione dei vantaggi circa il loro utilizzo deve avvenire secondo termini reciprocamente convenuti tra le parti contraenti che sono Paesi fornitori di tali risorse e le parti che le utilizzano⁹⁸.

⁹⁸ 1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation. 2. Each Contracting Party shall endeavour to create conditions to facilitate access to genetic resources for environmentally sound uses by other Contracting Parties and not to impose restrictions that run counter to the objectives of this Convention. 3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention. 4. Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article. 5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party. 6. Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties. 7.

La sesta Conferenza delle parti contraenti della Convenzione sulla diversità biologica, tenutasi dal 7 al 19 aprile 2002 all'Aja, ha adottato le “Bonn Guidelines on access to genetic resources and fair and equitable sharing of the benefits arising out of their utilization”. Tali linee-guida, in ottemperanza del principio di equa condivisione dei benefici che regolano l'accesso alle risorse genetiche e la ripartizione dei vantaggi derivanti dal loro utilizzo, prevede una serie di modalità attraverso cui tale principio possa trovare applicazione anche per “all genetic resources and associated traditional knowledge, innovations and practices covered by the Convention on biological diversity and benefits arising from the commercial and other utilization of such resources (par. 9)”⁹⁹.

Il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura, adottato il 3 novembre 2001 dalla 31^a Conferenza della FAO ed entrato in vigore il 29 giugno 2004, all'art. 9, par. 2a), dispone che “the Contracting Parties agree that the responsibility for realizing farmers' rights, as they relate to plant genetic resources for food and agriculture, rests with national governments. In accordance with their needs and priorities, each Contracting Party should, as appropriate, and subject to its national legislation, take measures to protect and promote farmers' rights, including: (a) protection of traditional knowledge relevant to plant genetic resources for food and agriculture”.

Nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio, il problema delle conoscenze tradizionali è stato esplicitamente inserito nell'agenda del Consiglio TRIPS alla quarta Conferenza Ministeriale tenuta a Doha nel novembre 2001,¹⁰⁰ in cui si propose tra l'altro di esaminare la protezione delle conoscenze tradizionali e di modificare l'art. 27, par. 3, lett. b) dell'Accordo TRIPS, che autorizza gli Stati ad escludere dalla brevettabilità certi tipi di invenzioni, i vegetali e gli animali, tranne i microrganismi, e i processi essenzialmente biologici per la produzione di vegetali o animali, tranne i processi non biologici e microbiologici. Tuttavia le varietà vegetali devono essere protette

Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, and in accordance with Articles 16 and 19 and, where necessary, through the financial mechanism established by Articles 20 and 21 with the aim of sharing in a fair and equitable way the results of research and development and the benefits arising from the commercial and other utilization of genetic resources with the Contracting Party providing such resources. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

⁹⁹ V. R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, cap. 3.

¹⁰⁰ Al paragrafo 19 della Dichiarazione di Doha si dice esplicitamente che: “we instruct the Council for TRIPS, in pursuing its work programme including under the review of Article 27.3(b), the review of the implementation of the TRIPS Agreement under Article 71.1 and the work foreseen pursuant to paragraph 12 of this declaration, to examine, inter alia, the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, the protection of traditional knowledge and folklore, and other relevant new developments raised by members pursuant to Article 71.1. In undertaking this work, the TRIPS Council shall be guided by the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 of the TRIPS Agreement and shall take fully into account the development dimension”.

mediante brevetti o mediante un efficace sistema *sui generis* o una combinazione dei due sistemi.¹⁰¹

5. Diritti dei popoli indigeni in Africa.

Dopo aver delineato la figura dei popoli indigeni ed esaminato i principali diritti che ad essi vengono riconosciuti in diritto internazionale si possono esaminare le norme e la prassi più recente relative ai popoli indigeni africani.

a) diritto di autodeterminazione.

Durante i lavori preparatori della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni il Gruppo africano di esperti, che ha presentato un pro-memoria relativo alla Dichiarazione, ha mostrato perplessità riguardo all'uso del termine diritto all'autodeterminazione riportato al paragrafo 13 del preambolo e agli articoli 3 e 4, temendo che esso possa essere frainteso e che possa comportare un riconoscimento implicito di un diritto di secessione per i popoli indigeni¹⁰².

Favorevole al richiamo del principio di autodeterminazione si è invece dichiarata la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli che ha sostenuto che gli articoli 3 e 4 della Dichiarazione vanno letti alla luce dell'art. 46,¹⁰³ che garantisce l'invulnerabilità dell'integrità territoriale¹⁰⁴. La Commissione in realtà ha ripreso quanto aveva già affermato in numerose comunicazioni, in particolare nella comunicazione 75/92 relativa alla

¹⁰¹ Il dibattito attuale verte sui rapporti tra l'Accordo TRIPS e la Convenzione sulla diversità biologica. Alcuni Stati, tra cui Brasile, India, Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Perù, Repubblica dominicana e Thailandia con l'appoggio del Gruppo africano e di qualche altro Stato in via di sviluppo propongono una modifica dell'Accordo TRIPS tale da imporre a chi presenta una domanda di brevetto di divulgare il paese d'origine delle risorse biologiche e delle conoscenze tradizionali utilizzati nell'invenzione, di fornire prove di aver ottenuto preventivamente il consenso e di dimostrare l'equa ripartizione dei benefici economici. La Svizzera ha proposto la modifica del Trattato di cooperazione in materia di brevetti in modo che le legislazioni nazionali possano richiedere agli inventori di divulgare l'origine delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali quando chiedono un brevetto. La non esecuzione di questo obbligo comporta la sospensione del rilascio di brevetto o, se l'intenzione è fraudolenta, comporta l'invalidità del brevetto rilasciato. L'Unione europea propone di esaminare la possibilità di obbligare chi deposita una domanda di brevetto di divulgare la fonte o l'origine del materiale genetico. Per gli Stati Uniti il modo migliore per raggiungere gli obiettivi enunciati nella Convenzione sulla diversità biologica in materia di accesso alle risorse genetiche e di equa ripartizione dei benefici va ricercato attraverso la legislazione nazionale, che potrebbe anche regolamentare la conclusione di contratti di diritto interno attraverso i quali stabilire gli impegni relativi alla divulgazione in caso di applicazione commerciale delle risorse genetiche o delle conoscenze tradizionali.

¹⁰² V. <http://www.ipacc.org.za/uploads/docs/Africanaidememoire.pdf>.

¹⁰³ L'art. 46 specifica che "nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the UN".

¹⁰⁴ V. *Advisory Opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2007, p. 6, consultabile sul sito http://www.Indigenous/Advisory%20opinion_eng.pdf.

controversia tra la provincia del Katanga e lo Zaire in cui aveva asserito che gli abitanti del Katanga potevano esercitare il loro diritto di autodeterminazione nel rispetto della sovranità e dell'integrità territoriale dello Zaire¹⁰⁵.

In un continente multiculturale in cui le comunità indigene hanno una identificazione transnazionale, cioè non sono stanziate in un unico Stato ma dislocate in due o più Stati, “all peoples shall have the right to existence. They shall have the unquestionable and inalienable right to self-determination. They shall freely determine their political status and shall pursue their economic and social development according to the policy they have freely chosen”, come dice l'art. 20 della Carta Africana dei diritti dell'uomo, ma “the self-determination of the populations should therefore be exercised within the national inviolable borders of a State, by taking due account of the sovereignty of the Nation State”¹⁰⁶.

In alcune recenti costituzioni di Stati africani il principio di autodeterminazione è espressamente affermato. La Costituzione del Sud Africa alla sezione 235 dice che “the right of the South African people as a whole to self-determination, as manifested in this Constitution, does not preclude, within the framework of this right, recognition of the notion of the right of self-determination of any community sharing a common cultural and language heritage, within a territorial entity in the Republic or in any other way, determined by national legislation”. Inoltre essa riconosce come fonti sottoposte alla Costituzione e alla legge e applicabili in sede giurisdizionale le consuetudini proprie delle comunità indigene e attribuisce un ruolo alle autorità tradizionali¹⁰⁷.

La Costituzione dell'Etiopia all'art. 39, par. 1, afferma che: “1. Every nation, nationality or people in Ethiopia shall have the unrestricted right to self determination up to secession”.

Nel preambolo della Costituzione del Camerun è stabilito che “the State shall ensure

¹⁰⁵ *African Communication n. 75/92(1995), 8th Annual Activity Report*, in <http://www.umn.edu/humanrts/africa/ACHPR1.htm>. A commento di tale caso v. A. EIDE, *Rights of Indigenous Peoples - Achievements in International Law during the Last Quarter of a Century*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2006 p. 155 ss., in particolare p.176.

¹⁰⁶ *V. Report of the African Commission Working Group of Experts on Indigenous Populations Communities*, 2005 p. 75, consultabile sul sito <http://www.achpr.org/english/Special%20Mechanisms/Indegenous/ACHPR%20Report%20ENG.pdf>.

¹⁰⁷ Chapter 12, Traditional leaders, Section 211, Recognition: “The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution. A traditional authority that observes a system of customary law may function subject to any applicable legislation and customs, which includes amendments to, or repeal of, that legislation or those customs. The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law”. Section 212, Role of traditional leaders: “National legislation may provide for a role for traditional leadership as an institution at local level on matters affecting local communities. To deal with matters relating to traditional leadership, the role of traditional leaders, customary law and the customs of communities observing a system of customary law- national or provincial legislation may provide for the establishment of houses of traditional leaders; and national legislation may establish a council of traditional leaders”.

the protection of minorities and shall preserve the rights of indigenous populations in accordance with the law”.

La nuova Costituzione del Burundi ha stabilito la presenza di tre deputati dell’etnia *Batwa* dei Pigmei nell’Assemblea nazionale¹⁰⁸.

In Namibia la Costituzione prevede un *Council of Traditional Leaders*.¹⁰⁹ e nella Repubblica del Congo si riconosce l’autorità tradizionale¹¹⁰.

b) diritto al consenso libero, preventivo ed informato.

Il diritto al consenso libero, preventivo ed informato viene sancito in molti ordinamenti interni africani. In Uganda esso viene riconosciuto a livello costituzionale¹¹¹, in altri Stati è stata ammessa la partecipazione di rappresentanti dei popoli indigeni in vari ambiti¹¹² o è stata decisa la loro consultazione¹¹³.

Particolarmente importante e delicato risulta il problema del consenso dei popoli indigeni ad attività di esplorazione ed estrazione di risorse naturali, quali i diamanti ed il petrolio.

Per quanto riguarda i giacimenti di diamanti in Sud Africa, in seguito alla sentenza del 2003 della Corte Costituzionale che ha stabilito la restituzione delle terre alla Comunità *Richtersveld*, l’8 agosto 2007¹¹⁴ la comunità *Richtersveld*, dopo essere stata consultata e

¹⁰⁸ Art. 164: “L’Assemblée nationale est composée d’au moins cent députés à raison de 60% de Hutu et de 40% de Tutsi, y compris un minimum de 30% de femmes, élus au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans et de trois députés issus de l’ethnie Twa cooptés conformément au code électoral”.

¹⁰⁹ Art. 102, Structures of Regional and Local Government: “(5) There shall be a Council of Traditional Leaders to be established in terms of an Act of Parliament in order to advise the President on the control and utilization of communal land and on all such other matters as may be referred to it by the President for advice”.

¹¹⁰ Chapitre 3, De l’autorité coutumière., art. 207: “L’autorité coutumière est reconnue. Elle est dévolue conformément à la coutume locale, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à la Constitution, à la loi, à l’ordre public et aux bonnes moeurs. Tout Chef coutumier désireux d’exercer un mandat public électif doit se soumettre à l’élection, sauf application des dispositions de l’article 198 alinéa 3 et la présente Constitution. L’autorité coutumière a le devoir de promouvoir l’unité et la cohésion nationales. Une loi fixe le statut des chefs coutumiers”.

¹¹¹ Art. 36 “Protection of rights of minorities. Minorities have a right to participate in decision-making processes, and their views and interests shall be taken into account in the making of national plans and programmes”.

¹¹² Nella Repubblica del Congo un rappresentante dei popoli Pigmei è presente nel Comitato direttivo per l’attuazione del nuovo codice per le foreste; nella Repubblica Centro-africana i popoli indigeni *Ake* e *Mbororo* sono rappresentati nel Consiglio nazionale di transizione; in Kenia la Corte Costituzionale ha ordinato alla Commissione elettorale del Kenia di assicurare la rappresentanza politica del popolo *Ilchamus*. V. *Response to the Draft aide memoire of the African Group on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 21 March 2007, p. 9, in <http://www.ipacc.org.za/uploads/docs/AideMemoireResponse.pdf>.

¹¹³ Nella Repubblica del Congo il governo ha iniziato delle consultazioni con i popoli indigeni per un progetto di legge che li riguarda; in Camerun il *Poverty Reduction Strategy Paper* è stato presentato ai popoli indigeni locali per un commento. V. *Response to the Draft aide memoire*, cit.

¹¹⁴ V. <http://www.info.gov.za/speeches/2007/07080816451001.htm>.

ascoltata, ha concluso un accordo con l'*Alexkor Ltd*, la compagnia a partecipazione statale per l'estrazione dei diamanti, ed il Governo del Sud Africa per la costituzione di una *joint venture* in cui la quota del governo è del 51%, mentre quella della comunità indigena del 49%.

Differente risulta la situazione in Nigeria in relazione all'estrazione del petrolio realizzata dalla *Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC)* una *joint venture* nazionale che opera unitamente a cinque multinazionali straniere¹¹⁵, effettuata nella zona del Delta del Niger¹¹⁶ dove abitano il popolo degli Ogoni e quello *Iwerekán*.

Il caso Ogoni fu presentato nel 1996 dal *Social and Economic Rights Action Center* e dal *Center for Economic and Social Rights* alla Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. I ricorrenti lamentavano che il governo nigeriano, direttamente implicato nello sfruttamento dei giacimenti petroliferi effettuato da una società a partecipazione statale, la NNPC, azionaria di maggioranza di un consorzio con la *Shell Petroleum Development Corporation (SPDC)*, aveva contribuito all'attività di sfruttamento petrolifero senza sorvegliare sulle operazioni svolte, né richiedendo le misure di sicurezza necessarie, e che "did not involve the Ogoni Communities in the decisions that affected the development of Ogoniland".

La Commissione ha considerato fondate le lamentele degli attori, ha riscontrato che la Nigeria aveva violato il diritto alla vita, il diritto alla salute, il diritto ad un ambiente soddisfacente allo sviluppo, il diritto a disporre delle proprie ricchezze e risorse ed ha invitato lo Stato ad informarlo sulle iniziative assunte per riparare alle violazioni accertate e di assicurare la protezione dell'ambiente, della salute e dei mezzi di sussistenza degli Ogoni¹¹⁷. Le raccomandazioni della Commissione sono però rimaste inascoltate.

Ancora più complessa si presenta la situazione del popolo *Iwerekán* i cui territori sono inquinati a causa della combustione in torcia (*flaring*) di parte del gas naturale che viene generato durante l'estrazione del petrolio. In queste zone, situate sul Delta del Niger, in cui non esistono né i mercati del gas né le infrastrutture di trasporto e distribuzione necessarie, il gas, che non viene utilizzato *in loco* come combustibile e per esigenze operative, viene spesso bruciato in torce provocando appunto il fenomeno del *gas flaring*.

Secondo la legislazione ambientale vigente in Nigeria, è vietato ricorrere a tale processo di estrazione, a meno di espressa e circostanziata deroga ministeriale, che, in base ad una legge del 1979 (*Associated Gas Reinjection Act*), richiedeva che si dimostrasse che l'utilizzo del gas non fosse possibile in un determinato sito. In tal caso il Ministro poteva

¹¹⁵ La *Shell*, la *Chevron Texaco*, la *Exxon Mobil*, la *Total Fina Elf* e l'*Agip*.

¹¹⁶ Giacimenti esistono a Kokori, Isoko, Eriemu, Ughelli, Wopeli, Egbomo, Asso, Opukoshi, Egbodi Creek, Imo, Ohuru, Apará, Obigbo, Afam, Ebubu, Korokoro, Bomu, West Boda, Ibibio, Bonny, Krakama, Ekulama, Soku, Elope, Okan.

¹¹⁷ V. <http://www.cesr.org/filestore2/download/579>.

chiedere alle imprese di pagare una cifra come risarcimento. Dal 1° gennaio 1984 una nuova legge ha aggiunto requisiti ancora più stringenti. Il Presidente nigeriano Olusegun Obasanjo e le principali imprese petrolifere avevano convenuto su una data di cessazione, peraltro non obbligatoria, il 31 dicembre 2007 ma tale termine non è stato rispettato¹¹⁸.

Un comitato di residenti del delta del Niger, appartenenti all'etnia *Iwrekan*, il 20 giugno 2005, ha presentato un ricorso contro la *Nigerian National Petroleum Corporation*, il governo nigeriano ed il Consorzio costituito da *Shell, Exxon Mobil, Chevron, Total Fina Elf et Agip*, al fine di far cessare la prassi del *gas flaring*. Con ordinanza del 14 novembre 2005, la Corte suprema della Nigeria ha accolto il ricorso, sancendo l'illegalità del *gas flaring* e l'obbligo di immediata cessazione di tale pratica¹¹⁹.

La pronuncia nigeriana ha stabilito che questa pratica non solo è dannosa per l'ambiente, ma viola i diritti umani delle popolazioni residenti del delta del fiume Niger.

Il giudice nigeriano ha fondato la propria decisione, oltre che sull'art. 20 della Costituzione nigeriana (diritto alla protezione dell'ambiente), anche sugli articoli 33 e 34 Cost. (che tutelano rispettivamente il diritto alla vita e quello alla dignità personale) e sulle norme della Carta africana dei diritti umani e dei popoli (articoli 2, 4, 14, 16, 18, 21, 22, diritto alla vita, alla salute, alle fonti di alimentazione ed alle risorse naturali).

Nonostante tale ordinanza, le compagnie petrolifere hanno continuato ad estrarre il petrolio lasciando bruciare il gas in torcia, senza mai interpellare le popolazioni stanziate sul Delta del Niger.

Il diritto al consenso libero, preventivo ed informato è ribadito anche per l'accesso alle risorse biologiche nella parte III della Legge quadro adottata nel 1998 dalla Comunità dell'Unità africana, di cui si parlerà più ampiamente più avanti in tema di diritto sulle conoscenze tradizionali.

Tale legge prescrive che vi sia un consenso scritto, che ogni Stato costituisca un'autorità nazionale competente in materia, che si segua una specifica dettagliata procedura e che il consenso sia manifestato dallo Stato e dalle comunità indigene interessate¹²⁰. Inoltre la legge in esame assicura la partecipazione delle comunità indigene al processo decisio-

¹¹⁸ V. <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=40751>.

¹¹⁹ V. <http://www.climatelaw.org/cases/country/nigeria/case-documents/nigeria/ni-shell-nov05-decision.pdf>.

¹²⁰ L'art. 5 relativo ai "Requirement of Consultation and Prior Informed Consent" afferma che: "1) Any access to biological resources, knowledge and or technologies of local communities shall be subject to the written prior informed consent of: i) the National Competent Authority; as well as that of ii) the concerned local communities, ensuring that women are also involved in decision making. 2) Any access carried out without the prior informed consent of the State and the concerned local community or communities shall be deemed to be invalid and shall be subject to the penalties provided in this legislation or any other legislation that deals with access to biological resources. 3) The National Competent Authority shall consult with the local community or communities in order to ascertain that its/their consent is sought and granted. Any access granted without consultation with the concerned community or communities shall be deemed to be invalid and in violation of the principle and requirement for prior informed consent as required under this Article."

nale relativo alla conservazione e all'uso sostenibile delle risorse genetiche vegetali e animali¹²¹.

c) *diritto di possesso, utilizzazione, controllo e gestione delle terre, dei territori e delle risorse.*

In relazione al diritto di possesso delle terre e dei territori, particolare rilievo assumono due sentenze, una del 2003 della Corte costituzionale del Sud Africa l'altra del 2006 dell'alta Corte del Botswana.

In Sud Africa la Comunità *Nama* dei popoli *Khoikhoi*, stanziata nell'area denominata *Richtersveld*, nel 1998 aveva citato in giudizio il governo e la compagnia diamantifera *Alekhor Ltd*, richiedendo la restituzione di una zona di 85.000 ettari di terra e delle risorse in essa situate. La comunità indigena abitava tali territori già prima dell'arrivo degli olandesi a Capo Nord, avvenuto nel 1652. Dopo la scoperta di giacimenti diamantiferi, il governo aveva iniziato a rendere prima difficile e poi a negare l'accesso alla zona interessata sulla quale una società a partecipazione statale, appunto la *Alekhor Ltd*, aveva nel frattempo ottenuto una licenza per estrarre diamanti. La comunità indigena richiedeva la restituzione dei territori sostenendo di aver titolo alla terra e che quel titolo non si era estinto o ridotto prima del 19 giugno 1913. Successivamente erano stati spossessati dei loro diritti senza ricevere alcun risarcimento. Pertanto si erano rivolti alla *Land Claims Court* richiedendo la restituzione dei loro diritti in base a quanto disposto da una specifica legge, il *Restitution Act*¹²². La Corte rigettò la domanda degli attori in quanto la comunità indigena era troppo poco civilizzata per ottenere il riconoscimento di titoli giuridici,¹²³ mentre la Corte d'Appello diede loro ragione. La compagnia diamantifera fece allora ricorso alla Corte costituzionale la cui sentenza, emessa il 15 ottobre 2003, ha chiuso definitivamente il caso a favore dei *Richtersveld*¹²⁴.

La Corte ha deliberato circa la piena validità delle leggi indigene non scritte che sanciscono la proprietà della terra, riaffermandone il carattere vincolante. Il *Richtersveld* è

¹²¹ All'art. 26 la legge dice che: "1) Farmers' Rights shall, with due regard for gender equity, include the right to: c) participate in making decisions, including at the national level, on matters related to the conservation and sustainable use of plant and animal genetic resources".

¹²² La sezione 2(1) di tale legge dispone che: "A person shall be entitled to restitution of a right in land if — (a) he or she is a person dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices; or... (c) he or she is the direct descendant of a person referred to in paragraph (a) who has died without lodging a claim and has no ascendant who — (i) is a direct descendant of a person referred to in paragraph (a); and (ii) has lodged a claim for the restitution of a right in land; or (d) it is a community or part of a community dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices; and (e) the claim for such restitution is lodged not later than 31 December 1998.

¹²³ V. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/2001/39.html>.

¹²⁴ V. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/2003/41.html>.

stato restituito agli antichi abitanti. In un accordo extra-giudiziario, raggiunto il 22 aprile 2007 fra il governo, la comunità indigena e il colosso minerario *Alekkor*, la proprietà dei terreni e dei diritti minerari è stata riconosciuta agli abitanti appartenenti al popolo *Khoikhoi*, a cui è stato attribuito un risarcimento di 190 milioni di rand. Il governo provvederà inoltre a dichiarare Alexander Bay una *township*, il che significa che dovranno essere realizzate le opere di urbanizzazione necessarie in un insediamento residenziale¹²⁵.

In Botswana una controversia è sorta tra il governo e le tribù *Gana* e *Gwi* stanziate nella *Central Kalahari Game Reserve*. Anziché riconoscere a tali indigeni, comunemente denominati Boscimani¹²⁶, i loro diritti di proprietà sulle terre che abitano da migliaia di anni, il governo del Botswana, nell'ottobre del 1986, decise di allontanarli dalla Riserva. Nel 1997 li espulse, senza riconoscere loro alcun diritto di proprietà nella riserva, li confinò in altri insediamenti (*Khaudwane* e *New Xade*) e offrì soltanto dei sussidi molto limitati. Il piano di trasferimento forzato era peraltro scattato in coincidenza con la scoperta di giacimenti di diamanti e gemme nel deserto del Kalahari.

Nel febbraio del 2002 il governo del Botswana decise di tagliare l'approvvigionamento d'acqua per circa 700 boscimani che ancora abitavano nella riserva del Kalahari Centrale, invocando la necessità di proteggere la fauna selvatica della Riserva, dichiarando proibitivi i costi di gestione dei servizi di base destinati alle comunità e affermando che avrebbe inserito i Boscimani in altre zone.

Appellandosi al diritto, costituzionalmente protetto, di decidere dove vivere, 248 Boscimani hanno citato in giudizio il Governo del Botswana chiedendo alla corte di riconoscere l'incostituzionalità della deportazione forzata, l'illegalità dell'interruzione dei rifornimenti d'acqua e della proibizione alla caccia.

Il 13 dicembre 2006 la suprema Corte di Lobatse si è pronunciata sulla controversia ed ha dichiarato che i ricorrenti sono stati privati del possesso delle terre in modo illegittimo ed incostituzionale ed ha riconosciuto il diritto dei Boscimani del Kalahari a riappropriarsi di quelle zone da cui erano stati scacciati¹²⁷.

d) diritto alla diversità culturale

In un continente multiculturale quale l'Africa molti ordinamenti interni hanno stabilito a livello costituzionali norme che garantiscono la diversità culturali. Fra gli altri pos-

¹²⁵ V. il resoconto dell'accordo in <http://www.dpe.gov.za/home.asp?id=779>.

¹²⁶ I Boscimani sono gli abitanti più antichi dell'Africa meridionale, regione in cui vivono da almeno 20.000 anni. La loro dimora è la vasta distesa del deserto del Kalahari. Essi sono suddivisi in diverse tribù, ognuna delle quali ha un nome proprio. Anche se vengono genericamente chiamati Boscimani oppure 'San' o 'Basarwa' (in Botswana), non esiste un nome collettivo e unanimemente accettato che li rappresenti tutti. La maggior parte degli appellativi che conosciamo sono stati loro imposti dall'esterno e hanno un'accezione spregiativa; oggi, tuttavia, molte comunità accettano e utilizzano il nome Boscimani. Le tribù parlano lingue diverse ma sono tutte accomunate dall'uso di suoni detti 'click'.

¹²⁷ V. il testo della sentenza in <http://www.iwant2gohome.org/files/ruling.doc>.

siamo ricordare la Costituzione algerina¹²⁸, del Camerun¹²⁹, dell'Uganda¹³⁰ e quella del Sud Africa¹³¹.

e) *diritto sulle conoscenze tradizionali.*

L'Organizzazione dell'Unità africana nel giugno 1998 ha adottato una legge quadro per armonizzare le politiche dei singoli Stati e per promuovere una posizione unitaria in sede di revisione dell'accordo TRIPS. Si tratta della *Model Law for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers, Breeders and for the Regulation of Access to Biological Resources*¹³². Tale legge afferma esplicitamente il diritto delle comunità indigene sulle risorse biologiche (addirittura si parla di diritto inalienabile)¹³³, sui benefici che ne derivano dal loro uso, sulle innovazioni, pratiche e tecnologie acquisite attraverso generazioni, sull'utilizzazione di tali innovazioni pratiche e tecnologiche, sull'esercizio dei diritti collettivi¹³⁴. Particolarmente interessante risulta il sistema che assicura un'equa e trasparente condivisione dei benefici e prevede un fondo comune *ad hoc*¹³⁵. La legge parla

¹²⁸ Art. 122: "The Parliament legislates in the domains which the Constitution assigned to it, as well as the following domains:... 21. protection and safeguard of cultural and historic heritage".

¹²⁹ Art. 1, par. 2: "The Republic of Cameroon shall be a decentralized unitary State. It shall be one and indivisible, secular, democratic and dedicated to social service. It shall recognize and protect traditional values that conform to democratic principles, human rights and the law".

¹³⁰ Sezione 37, Right to culture and similar rights: "Every person has a right as applicable to belong to, enjoy, practise, profess, maintain and promote any culture, cultural institution, language, tradition, creed or religion in community with others".

¹³¹ Sezione, 31, Cultural, religious and linguistic communities: "Persons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of that community to enjoy their culture, practise their religion and use their language; and to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society".

¹³² V. il testo in http://www.grain.org/brl_files/oau-model-law-en.pdf. A commento di questa legge v. S. SARÈ, *OAU's Model Law. Lo schema legislativo dell'Unione Africana per salvaguardare le comunità agricole tradizionali. Analisi e qualche commento*, in *Africa*, 2007, p. 78 ss.

¹³³ L'art. 21 afferma che: "1) Local communities shall exercise their inalienable right to access, use, exchange or share their biological resources in sustaining their livelihood systems as regulated by their customary practices and laws. 2) No legal barriers shall be placed on the traditional exchange system of the local communities in the exercise of their rights as provided for in paragraph (1) above and in other rights that may be provided by the customary practices and laws of the concerned local communities".

¹³⁴ L'art. 16 stabilisce che: "The State recognizes the rights of communities over the following: i) their biological resources; ii) the right to collectively benefit from the use of their biological resources; iii) their innovations, practices, knowledge and technologies acquired through generations; iv) the right to collectively benefit from the utilisation of their innovations, practices, knowledge and technologies; v) their rights to use their innovations, practices, knowledge and technologies in the conservation and sustainable use of biological diversity; vi) the exercise of collective rights as legitimate custodians and users of their biological resources".

¹³⁵ L'art. 66 afferma che: "1) The Community Gene Fund shall be established as an autonomous Trust. A Director shall be appointed to administer the Fund. The Director shall report to the National Competent Authority. 2) There shall be an

e definisce esplicitamente i diritti degli agricoltori¹³⁶, a cui è dedicata la parte V, e riconosce i diritti dei ricercatori¹³⁷, a cui è dedicata la Parte VI, sulle nuove varietà che essi sviluppano, e precisa che i diritti dei ricercatori sono comunque sottoposti al rispetto dei diritti degli agricoltori. In tal modo si tenta la costruzione di un sistema *sui generis* applicabile ai diritti di proprietà intellettuale che da una parte consente alle multinazionali che operano negli Stati africani di produrre le varietà sviluppate dai loro ricercatori e dall'altra permette agli agricoltori appartenenti alle comunità indigene di poter continuare a sviluppare, scambiare ed utilizzare i propri semi.

autonomous Trust to administer a Community Gene Fund deriving its funds from the shares due to local farming communities under Article 27.1(b)".

¹³⁶ L'art. 26 afferma che: "1) Farmers' Rights shall, with due regard for gender equity, include the right to: a) the protection of their traditional knowledge relevant to plant and animal genetic resources; b) obtain an equitable share of benefits arising from the use of plant and animal genetic resources; c) participate in making decisions, including at the national level, on matters related to the conservation and sustainable use of plant and animal genetic resources; d) save, use, exchange and sell farm-saved seed/propagating material of farmers' varieties; e) use a new breeders' variety protected under this law to develop farmers' varieties, including material obtained from genebanks or plant genetic resource centres; and f) collectively save, use, multiply and process farm-saved seed of protected varieties. 2) Notwithstanding subparagraphs c) and d), the farmer shall not sell farm-saved seed/propagating material of a breeders' protected variety in the seed industry on a commercial scale. 3) Breeders' Rights on a new variety shall be subject to restriction with the objective of protecting food security, health, biological diversity and any other requirements of the farming community for propagation material of a particular variety".

¹³⁷ L'art. 30 stabilisce che: "1) A Plant Breeders' Rights, in respect of a new variety, is: a) the exclusive right to sell, including the right to license other persons to sell plants or propagating material of that variety; b) the exclusive right to produce, including the right to license other persons to produce, propagating material of that variety for sale; 2) A Plant Breeders' Rights in respect of a plant variety is subject to the conditions provided in Part V, the Farmers' Rights Part of this Act".

L'ESPERIENZA DEI PAESI SCANDINAVI: IL CASO DEL POPOLO SÁMI

Stefania Errico*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il Popolo Sámi: un breve quadro storico. 3. La situazione attuale: le rivendicazioni del popolo Sámi. 4. *Segue*. La risposta dei Paesi Scandinavi: il ruolo del Parlamento Sámi. 5. La questione delle terre tradizionali e il compromesso norvegese. 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Com'è noto, il continente europeo ha tradizionalmente rivolto la sua attenzione al tema della protezione delle minoranze nazionali, quelle minoranze, cioè, sorte dalla ridefinizione dei confini nazionali in Europa centro-orientale all'indomani del secondo conflitto mondiale. Non è un caso, dunque, che il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulle minoranze, Asbjørn Eide, abbia dichiarato che “the drafting of *minority rights* has been influenced mainly by European experience and ... it therefore is Eurocentric”, mentre “the drafting of *indigenous rights* has been influenced mainly by developments in the Americas ... and therefore is America-centric”.¹ In effetti, se paragonata al continente americano, l'Europa, nel suo complesso, è apparsa meno preoccupata della questione indigena e, in particolare, più lenta nell'occuparsi nel tema.²

Tuttavia, se, da un lato è innegabile l'influenza esercitata dal continente americano nella elaborazione di un complesso di norme specificamente indirizzate ai popoli indigeni, dall'altro lato va riconosciuto che proprio nell'ambito europeo si rinviene un'esperienza, quella dei Paesi Scandinavi, spesso menzionata tra gli esempi più interessanti di “accomodamento” nazionale delle rivendicazioni indigene.

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale.

¹ A. EIDE, E.I. DAES, *Working Paper on the Relationship and Distinction Between the Rights of Persons Belonging to Minorities and those of Indigenous Peoples*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10, par. 25.

² È solo a partire dall'inizio degli anni '90 che istituzioni europee come la Comunità europea e l'OSCE hanno cominciato a prestare un'attenzione specifica ai popoli indigeni. Sul punto, si veda R.L. BARSH, *Indigenous Peoples in the 1990s. From Object to Subject of International Law?*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 72 e ss.. Si veda, inoltre, S. ERRICO, B. HOCKING, *Reparations For Indigenous Peoples in Europe: The Case of The Sámi People*, in F. Lenzerini (a cura di), *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Oxford, 2008, p. 364 e ss.

A tale riguardo, è interessante notare come nel 1997 l'Alto Commissario dell'OSCE sulle minoranze nazionali, riferendosi all'esperienza dei Paesi Scandinavi in relazione alla questione indigena, abbia dichiarato:

“When studying the Nordic legislation myself, I was struck by the essential role allotted to the formalisation of a process of participation and consultation. I would recommend to your Government [i.e. Ukraine] to follow the same approach”.³

In particolare, l'Alto Commissario intendeva richiamare alla mente l'esperienza di Norvegia, Svezia e Finlandia nel dare risposte alle rivendicazioni avanzate dal popolo indigeno Sámi attraverso l'istituzione di un organo *ad hoc*: il Parlamento Sámi. Di fatto, il Parlamento Sámi è solitamente riportato tra le tipologie di autonomia riconosciute a favore dei popoli indigeni. Così, nello schema proposto da Henriksen, si legge che:

“[s]ome of these autonomy types are: (1) autonomy based on contemporary indigenous political institutions, such as the Sami Parliament in the Nordic Countries; (2) autonomy based on the concept of an indigenous ancestral territory, such as the arrangement for the Comarca: Kuna Yala in Panama; and (3) regional autonomy within the State, such as the Nunavut territory in Canada and the indigenous autonomous regions in the Philippines”.⁴

Lo scopo del presente lavoro è quello di fornire una descrizione accurata dell'esperienza scandinava, con particolare riguardo al modello di autonomia indigena realizzato in questi Stati. A tale scopo, dopo un breve quadro storico della condizione del popolo indigeno Sámi nei Paesi Scandinavi, procederemo ad analizzare le funzioni ed il ruolo attribuito al Parlamento Sámi, non mancando di mettere in luce le debolezze emerse nella prassi. A questo riguardo, esamineremo in particolare la questione delle terre tradizionali e il compromesso recentemente raggiunto in Norvegia con l'adozione del *Finnmark Act*. In ultimo, trarremo delle valutazioni conclusive sull'esperienza scandinava così descritta.

2. Il Popolo Sámi: un breve quadro storico.

Il popolo Sámi è il popolo indigeno⁵ del *Sápmi* (o *Lapland-Sámi land*), un territorio coincidente con la parte settentrionale dell'Europa e comprendente, in particolare, il nord della Norvegia, della Svezia, della Finlandia e la penisola Kola in Russia. Secondo le sta-

³ Cfr. OSCE High Commissioner on National Minorities, REF. HC/4/97, 14 aprile 1997.

⁴ Cfr. P.J. MAGNARELLA, *The Evolving Right of Self-Determination of Indigenous Peoples*, in *St. Thomas Law Review*, 2001-2002, p. 442. L'autore riporta l'analisi di Henriksen.

⁵ *The Sami of northern Scandinavia and the artic Peoples of the Russian Federation are widely held to be indigenous...* (A. EIDE, E.I. DAES, *Working paper on the Relationship and distinction between the rights of persons belonging to minorities and those of indigenous peoples*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10, par. 25.

tistiche, questo popolo ammonterebbe a circa 60.000-70.000 individui, la maggior parte dei quali residenti in Norvegia.⁶

Tuttavia, non esiste alcuna definizione del termine ‘Sámi’. Nella sua prima opinione sulla Finlandia, il Comitato consultivo istituito nell’ambito del Consiglio d’Europa allo scopo di monitorare l’applicazione della Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Comitato Consultivo del Consiglio d’Europa) ha messo in evidenza “the difficulties in defining the term Sámi and the tension that this question had caused in northern Finland”.⁷

Alcuni criteri applicabili ai fini dell’identificazione degli appartenenti a tale popolo sono stati, ad ogni modo, elaborati ed incorporati nel *Sámi Act* di Norvegia, Finlandia e Svezia allo scopo di disciplinare l’elettorato attivo e passivo del Parlamento Sámi.⁸ Nel complesso, questi atti fanno ricorso al criterio soggettivo dell’auto-identificazione,⁹ insieme ad alcuni elementi oggettivi quali l’idioma parlato dagli individui che intendono essere qualificate come Sámi.¹⁰

Ai nostri fini, sarà sufficiente dire che il popolo Sámi è un popolo essenzialmente nomade la cui storia, a ben vedere, non si discosta, nei suoi tratti salienti, dalla storia degli altri popoli indigeni del mondo. Dedito ad attività di sussistenza, quali pesca, caccia e, soprattutto, allevamento di renne, il popolo Sámi fu costretto a retrocedere progressivamente dai suoi territori tradizionali, man mano che potenze straniere – si trattava dei regni di Norvegia e Svezia – avanzano e si espandevano su di essi.¹¹

Il primo contatto tra il popolo Sámi e le altre popolazioni dell’area fu legato al barat-

⁶ Cfr. *The Sami – one people in four countries*, in <http://www.samediggi.no>.

⁷ In questo senso, si veda: *Second Opinion on Finland*, ACFC/OP/II(2006)003, 20 aprile 2006, par. 45. Si veda, inoltre: CERD, *Concluding Observations on Finland*, UN Doc. CERD/C/63/CO/5, 10 dicembre 2003, par. 11.

⁸ Si veda, ad esempio, il *Norwegian Sámi Parliament Act*, capitolo 2, par. 6.

⁹ In effetti, questo sembra essere l’approccio correntemente adottato dalla maggior parte delle istituzioni internazionali. In questo senso, si vedano, in particolare: *Results of the Initial, Second, Third, Fourth and Fifth Meetings of Negotiations in the Quest for Points of Consensus* (Articles I to XXIII of the *Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*), OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.211/05 rev. 2, 9 febbraio 2005, in contrasto con il *Consolidated Text of the Draft Declaration Prepared by the Chair of the Working Group*, adottato il 17 giugno 2003, OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.139/03. Tale approccio è stato confermato nella *Séptima Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos* del 17 luglio 2006, OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc..260/06 rev.1; *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adottata dall’Assemblea Generale il 13 settembre 2007, UN Doc A/61/L.67, art. 33; *Report of the African Commission’s Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*, adottato dalla African Commission on Human and Peoples’ Rights nel novembre del 2003; *World Bank Operational Policy on Indigenous Peoples*, 2005; *Asian Development Bank Policy on Indigenous Peoples*, 2006, *Inter-American Development Bank Operational Policy on Indigenous Peoples*, 2006. Si veda, inoltre, l’art. 1 della Convenzione ILO, n. 169.

¹⁰ Nordisk Samisk Institutt, ANDDE (ANDERS) SARA, *Regional Characteristics of Sápmi and the Sámi People*, relazione presentata al convegno *The Regional Identity of Ethnic Groups in Europe*, 13-14 giugno 2002, p. 17.

¹¹ L.A. BAER, *The Rights of Indigenous Peoples – A Brief Introduction in the Context of the Sámi*, in *International Journal on Minorities and Group Rights*, 2005, p. 248.

to: il popolo Sámi cedeva pellicce in cambio di sale ed utensili di metallo.¹² In un secondo momento, cominciarono ad essere imposte tasse sulle comunità Sámi che erano stanziato lungo le rotte del commercio. All'inizio, tuttavia, la tassazione era volontaria; le tasse erano pagate quale 'corrispettivo' della protezione che i Sámi ricevevano contro i fuorilegge e i commercianti disonesti. Quando, però, questo tipo di tasse divenne una consistente fonte di introiti per i regni vicini (Norvegia e Svezia), gli interessi di tali regni al controllo delle aree Sámi accrebbe proporzionalmente e, nel corso del XVI secolo, il popolo Sámi fu coinvolto in una serie di guerre di frontiera, in particolare tra i regni di Svezia e Norvegia.¹³

La questione della definizione dei confini tra questi due regni¹⁴ nell'area settentrionale della penisola scandinava venne, infine, risolta nel 1751 con la stipulazione di un trattato. A tale trattato fu accluso un annesso, il *Lapp Codicill*, con il quale le parti intendevano regolamentare le conseguenze che, presumibilmente, sarebbero derivate dalla nuova demarcazione delle frontiere – e dalla correlativa asserzione di sovranità sulle aree interessate – sulla vita delle comunità Sámi, in special modo sotto il profilo della possibilità per queste comunità di muoversi attraverso i confini in connessione con l'allevamento di renne.¹⁵

“In the *Lapp Kodicill*, the signatory states explicitly expressed their wish to contribute to ‘the Sámi nation’s continued existence’ and confirmed the Sámi people’s right to their traditional land and waters”.¹⁶ Pertanto, il *Lapp Codicill* è stato spesso presentato come la ‘Magna Charta’ del popolo Sámi: tale documento riconoscebbe, infatti, i diritti *preesistenti* delle comunità Sámi sulle terre poi sottoposte alla sovranità dei Regni di Norvegia e Svezia. Tuttavia, come nota Eide, il *Lapp Codicill* non si occuperebbe affatto della questione della titolarità delle terre tradizionali delle comunità Sámi ma, piuttosto, assolverebbe alla funzione di risolvere il problema della ripartizione di sovranità e giurisdizione sull'area oggetto dell'accordo tra le due parti contraenti. Di conseguenza, il “Codicil neither confers land rights on Saamis, nor does it deprive them of any pre-existing rights they might have”. In effetti, “[e]stablishing sovereignty over a territory does not in itself mean that the State becomes the owner of land in the private law sense of property rights”.¹⁷

D'altra parte, la questione della proprietà delle terre tradizionali delle comunità Sámi

¹² M. AHRÉN, *Indigenous Peoples' Culture, Customs, and Traditions and Customary Law – The Saami People's perspective*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2004, p. 73.

¹³ *Ibidem*, p. 74.

¹⁴ Si tratta dello *Stromstad Treaty*. Si noti che tale accordo di delimitazione delle frontiere tra Svezia e Norvegia fu firmato dalla Svezia-Finlandia e dalla Danimarca-Norvegia poiché a quel tempo la Finlandia faceva parte del regno di Svezia e la Danimarca e la Norvegia costituivano un unico regno.

¹⁵ A. EIDE, *Legal and Normative Bases for Saami Claims to Land in the Nordic*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001, p. 138.

¹⁶ Si veda AHRÉN, *Indigenous Peoples' Culture*, cit., p. 78.

¹⁷ EIDE, *Legal and Normative Bases*, cit., p. 138.

non fu seriamente posta fino alla metà del XIX secolo. Fino a quell'epoca, infatti, sia le autorità governative che le corti nazionali avrebbero, rispettivamente, rispettato ed applicato il diritto consuetudinario Sámi concernente i diritti su terre, acqua e risorse naturali. Nella seconda metà del XIX secolo, tuttavia, l'atteggiamento nei confronti del popolo Sámi subì un profondo cambiamento sotto l'influenza delle teorie 'cultural hierarchist' e in ragione dei crescenti interessi che gravitavano intorno alle terre e alle risorse tradizionalmente appartenute al popolo Sámi. I Paesi Scandinavi cominciarono così a reclamare la titolarità di quelle terre che non erano controllate da proprietari individuali e stanziati stabilmente sul posto. "The presumption became that only permanent utilization of a specific land area, like agriculture, qualified for a title to land, and the Saami people's previously undisputed customary rights became secondary".¹⁸

Ne conseguì che nel corso del XIX secolo i Paesi Scandinavi poterono acquisire il pieno controllo delle terre tradizionali Sámi.

3. La situazione attuale: le rivendicazioni del popolo Sámi.

Alla fine degli anni '70 e all'inizio degli anni '80, la realizzazione del progetto di costruzione di una diga con connesso impianto idroelettrico nella valle di Alta, in Norvegia, innescò un significativo ripensamento da parte degli Stati scandinavi della politica da essi tradizionalmente seguita nei confronti delle comunità Sámi. Prima che il progetto della valle di Alta accendesse aspre tensioni tra le parti, i Paesi Scandinavi, infatti, non avevano prestato particolare attenzione alla condizione del popolo indigeno Sámi e ancor meno avevano ritenuto che le comunità indigene Sámi potessero costituire un 'popolo' distinto dal resto della popolazione nazionale.¹⁹

D'altra parte, le vicende di Alta contribuirono non poco allo stesso "development of

¹⁸ AHRÉN, *Indigenous Peoples' Culture*, cit., p. 82. Conseguentemente, nel 1848 la Norvegia affermò formalmente la proprietà statale sulla parte settentrionale dello Stato. Inoltre, considerando la regione instabile e suscettibile di occupazione da parte della Russia, la Norvegia perseguì una politica di "norwegianization" dell'area, incoraggiando la popolazione norvegese a stanziarsi nelle zone tradizionalmente oggetto di diritti del popolo Sámi e adottando una serie di atti normativi che miravano a restringere progressivamente i diritti delle comunità Sámi. In linea con questa politica, nel 1902 fu adottato il *Land Sales Act* che impediva agli individui di lingua Sámi di acquistare terre. Inoltre, vale la pena ricordare che il *Reindeer Herding Act* del 1933 se, da un lato, riconosceva diritti di pascolo alle comunità Sámi, dall'altro, stabiliva che nell'ipotesi di conflitto tra diritti della popolazione non Sámi e diritti delle comunità Sámi, i primi sarebbero prevalsi. Quanto alla Svezia, questo Stato adottò la politica secondo la quale "Lapp should remain Lapp", ritenendo che Sámi e non Sámi dovessero rimanere separati allo scopo di evitare che i primi potessero mescolarsi "with the superior Scandinavian race" (*ibidem*, p. 88). Ad ogni modo, esattamente come in Norvegia, la Svezia non riconobbe i diritti consuetudinari del popolo Sámi sulle proprie terre tradizionali. Tali terre furono, infatti, dichiarate di proprietà della Corona attraverso il *Reindeer Grazing Act* del 1886 e si garantirono titoli legali su queste terre ad individui non Sámi come incentivo a trasferirsi in quelle aree. Un approccio analogo fu seguito dalla Finlandia.

¹⁹ Cfr. H. MINDE, *Sámi Land Rights in Norway: A Test Case for Indigenous Peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001, p. 113.

Sámi selfhood as a distinct people”.²⁰ Di fatto, posto dinanzi alla minaccia di perdere irrimediabilmente le terre tradizionalmente votate al pascolo delle renne a causa del menzionato progetto, il popolo Sámi si affrettò a contestare la legittimità della relativa decisione statale sulla base dei diritti preesistenti delle comunità Sámi sulle terre interessate dal progetto.²¹ Un ricorso fu anche presentato dinanzi all'ex Commissione europea sui diritti dell'uomo, ma il caso fu dichiarato inammissibile, sebbene in tale occasione la Commissione affermò che lo stile di vita di un gruppo minoritario potesse, in linea di principio, godere della protezione della vita privata riconosciuta dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.²²

Più in generale, ed al di là, dunque, delle rivendicazioni avanzate in stretta connessione con il progetto della valle di Alta, il popolo Sámi – al pari degli altri popoli indigeni del pianeta – ha concentrato le sue aspirazioni sull'*autodeterminazione*, intesa come strumento indispensabile a riacquisire il controllo sul proprio destino e sulla vita delle comunità.

In effetti, Erica-Irene Daes nota che “[i]ndigenous peoples have insisted, and *rightly so*, on the right to self-determination”.²³ A suo avviso, la ragion d'essere del riconoscimento del diritto dei popoli indigeni all'autodeterminazione risiede nella considerazione che:

“indigenous peoples were never a part of State-building. They did not have an opportunity to participate in designing modern constitutions of the States in which they live, or to share, in any meaningful way, in national decision-making. In some countries they have been excluded by law or by force, but in many countries they have been separated by language, poverty, misery, and the prejudices of their non-indigenous neighbours”.²⁴

Alla luce di tali riflessioni, Erica-Irene Daes ritiene che il diritto dei popoli indigeni all'autodeterminazione sia affiancato dal dovere dello Stato “to accommodate the aspirations of indigenous peoples through *constitutional formulas* designed to share power

²⁰ A.J. SEMB, *How Norms Affect Policy – The Case of Sámi Policy in Norway*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001, p. 190.

²¹ EIDE, *Legal and Normative Bases*, cit., p. 134.

²² Si tratta del caso *G. and E. v. Norway*, comunicazione numeri 9278/81 e 9415/81, decisione del 3 ottobre 1983 sull'ammissibilità, par. 2., p. 7. La Commissione osservò che “the consequences, arising for the applicants from the construction of the hydroelectric plant, constitute an interference with their private life, as members of a minority, who move their herds and deer around over a considerable distance”; al tempo stesso, tuttavia, essa concluse che “the interference could reasonably be considered as justified under Article 8, par.2, as being in accordance with law, and necessary in a democratic society in the interests of the economic well-being of the country”.

²³ Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Explanatory Note Concerning the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* by E.I. A. DAES, Chairperson of the Working Group on Indigenous Populations, UN. Doc. E/CN.4/Sb.2/1993/26/Add.1, 19 luglio 1993, par. 11.

²⁴ ERICA-IRENE DAES, *Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1993, pp. 8-9.

democratically”.²⁵ Tale configurazione sembra perfettamente in linea con l’intendimento che di questo concetto ha il popolo Sámi. Come è stato messo in luce da alcuni autori, infatti, il popolo Sámi reclama “a right to self-determination in the sense of autonomy or internal self-determination”, configurandolo come “closely related to the ability of the group to shape decisions affecting them”.²⁶ In particolare, il già menzionato *Lapp Codicill* viene invocato dal popolo Sámi a sostegno dell’obbligo dei Paesi Scandinavi di rispettare la ‘nazione’ Sámi.²⁷

La rilevanza di questo strumento ed il suo *status* nel diritto internazionale sono stati, in effetti, oggetto di intensi dibattiti nel contesto della negoziazione della *Nordic Saami Convention*, la quale, nelle intenzioni dei redattori, dovrebbe appunto sostituire il *Lapp Codicill*.²⁸ Di fatto, il preambolo del progetto della *Nordic Saami Convention* afferma esplicitamente che questa Convenzione va considerata come “a *renewal* and a development of Saami rights established through *historical* use of land that were codified in the Lapp Codicill of 1751”.

Inoltre, merita di essere segnalato che, prima ancora di riconoscere il popolo Sámi come popolo indigeno (art. 2) ed affermare, di conseguenza, il suo diritto all’autodeterminazione (art. 3), la Convenzione chiarisce come “in determining the legal status of the Saami people, particular regard shall be paid to the fact that *during the course of history* the Saami have not been treated as a people of equal value, and have thus been subjected to *injustice*”. In effetti, come hanno sottolineato alcuni autori, “[m]uch of the impetus for establishing group protection in the form of minority and indigenous rights came from the desire to *redress past wrongs* or to provide some guarantee that the traumatic experiences of the past would not reoccur”.²⁹

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ L.H. MEYER, *Transnational Autonomy: Responding to Historical Injustice in the Case of the Saami and Roma Peoples*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2001, p. 292.

²⁷ AHRÉN, *Indigenous Peoples’ Culture*, cit., p. 75, nota 78. Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite Miguel Alfonso Martínez, nel suo *Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Populations* (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 giugno 1999) ha osservato che il *Lapp Codicill* non è stato mai abrogato e continua ad essere uno strumento rilevante per diritti del popolo Sámi (par. 45).

²⁸ Il progetto della *Nordic Saami Convention*, dopo essere stato elaborato da un gruppo di esperti costituito da rappresentanti nominati dai Governi di Svezia, Norvegia e Finlandia e dal Parlamento Sámi, è stato presentato ad Helsinki il 18 novembre 2005. Esso richiede la firma del Parlamento nazionale dei tre Paesi Scandinavi accompagnata dalla firma dei rispettivi Parlamenti Sámi (Cfr. IWGIA, *The Indigenous World 2006*, p. 43). Il testo di tale documento e la sua traduzione non ufficiale in inglese possono essere consultate sul sito www.saamicouncil.net/?newsid=2223&dep-tid=2192&languageid=4&NEWS=1. Su questo argomento, si veda G. ALFREDSSON, *Minimum Requirements for a New Nordic Sami Convention*, in *Nordic Journal of International Law*, 1999, p. 397. Si veda, inoltre, *Framework Convention for the Protection of National Minorities, Monitoring, Advisory Committee, 2nd Opinion on Finland*, ACFC/OP/II(2006)003, 20 aprile 2006, par.163 ss.

²⁹ D.C. ZOOK, *Decolonizing Law: Identity Politics, Human Rights, and the United Nations*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2006, p. 103. Si veda anche quanto affermato dallo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulle questioni indi

4. Segue. La risposta dei Paesi Scandinavi: il ruolo del Parlamento Sámi.

Come anticipato, in seguito alla crisi di Alta, i Paesi scandinavi hanno rivisto il loro approccio nei confronti della questione indigena.³⁰ Tale ripensamento si riflette in modo esemplare nel riconoscimento, da parte di questi Stati, dello *status* di ‘popoli indigeni’ delle comunità Sámi.

A tal riguardo, va ricordato che il *Norwegian Sámi Act* del 12 giugno 1987, istitutivo del Parlamento Sámi, si basa proprio sulla ammissione che il “Royal Kingdom of Norway is established on the territory of *two peoples*”.³¹ Allo stesso modo, il *Finnish Sámi Parliament Act*, all’articolo 1, riconosce i Sámi come un popolo indigeno.³² Quanto alla Svezia, malgrado la circostanza che i Sámi non siano formalmente riconosciuti come popolo indigeno nella legislazione,³³ sembra che un riconoscimento analogo a quelli descritti sia, tuttavia, emerso nel contesto della Convenzione Quadro per la protezione delle minoranze nazionali.³⁴

Il riconoscimento e la connessa consapevolezza di questo *status* reca con sé alcune

gene, Rodolfo Stavenhagen, secondo il quale: [r]ecognition of the valuable cultural contributions of ancient indigenous civilizations strengthens ties with the country’s historical past and seeks symbolically to overcome the trauma of the conquest and colonization” (R. STAVENHAGEN, *Cultural Diversity in the Development of the Americas: Indigenous Peoples and States in Spanish America*, citato in M. HADJIOANNOU, *The International Human Right to Culture: Reclamation of the Cultural Identities of Indigenous Peoples under International Law*, in *Chapman Law Review*, 2005, p. 204).

³⁰ Come conseguenza della controversia sorta intorno all’attuazione del menzionato progetto nella valle di Alta, ad esempio, la Norvegia commissionò una specifica inchiesta sulla situazione del popolo Sámi. In seguito a tale iniziativa, venne adottato nel 1987 il *Sami Act* –con il quale si istituì il Parlamento Sámi –e venne emendata la Costituzione inserendo all’articolo 110 un preciso riferimento al popolo Sámi (La lettera di questo articolo recita come segue: “It is the responsibility of the authorities of the State to create conditions enabling the Sámi people to preserve and develop its language, culture and way of life”. Il testo della Costituzione norvegese è consultabile sul sito <http://www.stortinget.no/english/constitution.html#fulltext>). Nel 1990, la Norvegia ratificò, poi, la Convenzione OIL n. 169. Un percorso simile è stato seguito in Finlandia ed in Svezia, con l’eccezione della ratifica della citata Convenzione OIL. In effetti, entrambi gli Stati sono stati ripetutamente chiamati a compiere questo ulteriore passo ma, al momento, non si è registrato alcuno sviluppo sotto questo aspetto. Sul punto, si vedano, ad esempio, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Sweden*, UN Doc. E/C.12/1/Add.70, 30 novembre 2001, par.17, e *Concluding Observation on Finland*, UN Doc. E/C.12/1/Add.52, 1 dicembre 2000, par. 25.

³¹ Cfr. *Norwegian Government’s Announcement to the National Parliament of the Norwegian Sámi policy*, riportato in Nordisk Samisk Institutt, ANDDE (ANDERS) SARA, *Regional Characteristics of Sápmi*, cit., p. 19.

³² Finlandia, Ministero di Giustizia, *Act on the Sami Parliament* n. 974 del 17 luglio 1995, traduzione non ufficiale.

³³ Cfr. E. JOSEFSEN, *The Sami and National Parliaments – Channels of Political Influence*, Resource Center for the Rights of Indigenous Peoples, 2003, disponibile sul sito <http://www.galdud.org/govat/doc/politicalinfluenceevajosef-sen.pdf>.

³⁴ Nello strumento di ratifica depositato dalla Svezia il 9 febbraio 2000, si legge che “[t]he national *minorities* in Sweden are Sami, Swedish Finns, Tornedalers, Roma and Jews”. Tuttavia, va notato che il Comitato Consultivo del Consiglio d’Europa, nella *First Opinion on Sweden*, ha osservato che “both the Swedish Government and the Sámi Parliament have taken the view that the *recognition of a group of persons as constituting an indigenous peoples* does not exclude persons belonging to that group from benefiting from the protection accorded by the Framework Convention and that the Sámi are therefore covered by this treaty” (ACFC/INF/OP/1(2003)006, 25 agosto 2003).

importanti conseguenze, in special modo per quel che concerne l'esercizio del diritto all'autodeterminazione. Sotto questo profilo, la risposta dei Paesi Scandinavi alle rivendicazioni avanzate dal popolo Sámi presenta un carattere comune individuabile nell'istituzione di un organo *ad hoc*: il Parlamento Sámi.

Abbiamo già avuto modo di notare come il Parlamento Sámi sia spesso citato come esempio di una delle forme di autonomia riconosciute a favore dei popoli indigeni nel quadro dell'attuazione del loro diritto all'autodeterminazione. Come precisato dall'articolo 4 della Dichiarazione delle Nazioni sui diritti dei popoli indigeni, infatti, “[i]ndigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs”.³⁵ Tale articolo non offre, però, maggiori ragguagli in proposito, essendo l'autonomia, com'è noto, una soluzione pratica la cui concreta disciplina riposa sulla valutazione dei singoli casi a cui essa andrebbe applicata.

In termini generali, e tenendo a mente che il concetto di 'autonomia' non ha, in diritto internazionale, una definizione universalmente accolta,³⁶ si può sostenere che l'autonomia consiste essenzialmente nella devoluzione di una serie di poteri a favore di una porzione della popolazione di uno Stato affinché essa sia messa in condizione di potere gestire i propri affari interni.³⁷

Si è soliti, tracciare una distinzione tra due forme principali di autonomia: un'autonomia di carattere territoriale ed un'autonomia, invece, di natura 'culturale'. In principio, la prima può rappresentare una soluzione concretamente realizzabile solo in quelle ipotesi in cui le comunità indigene vivono in una zona geograficamente ben definita e costituiscono il gruppo di maggioranza di quell'area. Negli altri casi, la soluzione preferibile sembra essere, al contrario, quella del riconoscimento di un'autonomia di tipo 'culturale', consistente nell'amministrazione autonoma di materie di natura culturale e linguistica.³⁸

Ora, il tipo di autonomia accordata dai Paesi scandinavi al popolo indigeno Sámi attraverso l'istituzione di un Parlamento rientra nella seconda tipologia di autonomia

³⁵ *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adottata dall'Assemblea Generale il 13 settembre 2007, UN Doc A/61/L.67.

³⁶ Cfr. *Towards a General Comment on Self-Determination and Autonomy*, Working Paper submitted by MARC WELLER, Director of the European Centre for Minority Issues, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/WP.5, 25 May 2005. Cfr. Inoltre WELHENGAMA, *Minorities' Claims: From Autonomy to Secession. International law and State Practice*, Burlington, 2000, p. 100.

³⁷ Come notato da alcuni autori, “self-government or self-control by a group over its own internal affairs is probably the most effective means of protecting group identity, group equality and group dignity within States”. Cfr. ALFREDSSON, *Indigenous Peoples and Autonomy*, in Markku Suksi (ed.) *Autonomy: Applications and Implications*, The Hague, 1998, p. 125.

³⁸ Cfr. MYNTTI, *The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination and Effective Participation*, in PEKKA AIKIO and MARTIN SCHEININ (eds.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku-Abo, 2000, p.116.

descritta, quella cioè di carattere culturale. La Costituzione finlandese è estremamente esplicita al riguardo. Essa afferma, infatti, che “Sámi have linguistic and cultural self-government”³⁹. In linea con questa disposizione costituzionale, il *Finnish Sámi Parliament Act* dichiara che il suo scopo è quello di “to guarantee the Sámi ... cultural autonomy in respect to their language and culture”(art. 1). In modo simile, lo *Swedish Sámi Parliament Act* stabilisce che l’istituzione del Parlamento Sámi è finalizzata “[to] deal in the future with questions that concern the Sámi culture in Sweden” (art. 1).⁴⁰ In ultimo, analoghe sono anche le disposizioni incorporate nel *Norwegian Sámi Parliament Act* dalle quali, infatti, emerge che questo atto mira a mettere il popolo Sámi in condizione di poter salvaguardare “[the] language, culture and way of life” (art. 1).⁴¹

Ma, quale è, in concreto, il ruolo rivestito da questo organo?

Nel complesso, il Parlamento Sámi ha essenzialmente un ruolo *consultivo*. Nel definire il mandato di questo organo, la legislazione norvegese, ad esempio, stabilisce che:

“The business of the Sameting is any matter that in the view of the parliament particularly affects the Sámi people. The Sameting may on its own initiative raise and pronounce an opinion on any matter coming within the scope of its business. It may also on its own initiative refer matters to public authorities and private institutions, etc.”⁴² “Other public bodies should give the Sameting an opportunity to express an opinion before they make decisions on matters coming within the scope of the business of the Sameting”⁴³.

Allo stesso modo, in Svezia, ai sensi del Capitolo 2, par. 2.1 del *Sámi Parliament Act*,

“The Sámi Parliament shall work for a living Sámi culture and thereby take initiative to work and propose measure that promote this culture”.

Quanto alla Finlandia, il *Sámi Parliament Act* chiarisce che:

“The task of the Sámi Parliament is to look after the Sámi language and culture, as well as to take care of matters relating to their status as an indigenous people. In matters pertaining to its tasks, the Sámi Parliament may make initiatives and proposals to the authorities, as well as issue statements. In the pursuance of these matters the Sámi Parliament shall furthermore use the powers prescribed in this Act or elsewhere in the law” (Capitolo 2, sez. 5).

Merita di essere evidenziata l’obbligo ‘*to negotiate*’ contemplato alla sezione 9 del *Finnish Sámi Parliament Act*, che rappresenta, in effetti, un significativo tratto distintivo della legislazione finlandese rispetto alla disciplina dettata dai *Sámi Parliament Acts* di

³⁹ *Finnish Constitution*, Sec. 121, disponibile sul sito <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>.

⁴⁰ Riportiamo qui la disposizione svedese come citata in Nordisk Samisk Institutt, ANDDE (ANDERS) SARA, *Regional Characteristics of Sápmi*, cit., p. 22.

⁴¹ *Act of 12 June 1987 no. 56 concerning the Sameting (Sami Parliament) and Other Sami Legal Matters (the Sami Act)* come modificato in ultimo, dall’*Act of 11 April 2003 no. 22*, Capitolo 1, § 1-1.

⁴² *Ibidem*, Capitolo 2, § 2-1.

⁴³ *Ibidem*, Capitolo 2, § 2-2.

Norvegia e Svezia. Diversamente da quanto accade in questi ultimi Stati, infatti, le autorità finlandesi sono obbligate a negoziare con il Parlamento Sámi “in all far-reaching and important measures which may directly and in a specific way affect the status of the Sámi as an indigenous people ...”. Al contrario, come indicato nel passaggio già citato, le autorità norvegesi sono chiamate semplicemente a – (‘public bodies should’) – offrire al Parlamento Sámi una opportunità di esprimere il proprio punto di vista.⁴⁴ Quanto alla Svezia, sul punto la legislazione tace.

Ad ogni modo, il Comitato consultivo del Consiglio d’Europa ha messo in evidenza come “current practices rarely reflect the term ‘negotiation’ and ... the Parliament has often had only limited, if any, influence on the final outcome”.⁴⁵ In effetti, un’analoga debolezza viene riscontrata in generale con riguardo al ruolo rivestito dal Parlamento Sámi, al di là, dunque, della specifica questione della ‘negoziatozione’ in Finlandia.

Nel concreto, infatti, malgrado il Parlamento Sámi sia spesso consultato dagli organi statali, alle opinioni da esso formulate non viene attribuito un peso adeguato nelle fasi decisionali.⁴⁶ A ciò si aggiunge la considerazione della scarsa influenza esercitata da questa istituzione sulle materie di carattere ‘territoriale’. A tal proposito, il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani ha lamentato “[the] limited extent to which the Sámi Parliament can have a significant role in the decision-making process on issues affecting the traditional lands and economic activities of the indigenous Sámi people, such as projects in the field of hydroelectricity, mining and forestry, as well as the privatization of lands”, raccomandando allo Stato di adottare quelle misure necessarie “to involve the Sámi by giving them greater influence in decision-making affecting their natural environment and their means of subsistence”.⁴⁷ Peraltro, anche il Comitato consultivo del Consiglio d’Europa ha manifestato la stessa opinione, affermando che l’obbligo di consultare il Parlamento Sámi andrebbe interpretato in maniera estensiva così da ricomprendere anche le materie che riguardano più strettamente l’uso delle terre tradizionali.

D’altra parte le terre tradizionali e le risorse in esse presenti sono, com’è noto, strettamente legate all’identità culturale del popolo Sámi e, più in generale, dei popoli indigeni.⁴⁸ Coerentemente, il popolo Sámi ha reclamato il diritto di partecipare nei procedimen-

⁴⁴ A tale riguardo, merita di essere segnalato che l’11 maggio 2005 lo Stato norvegese ed il rispettivo Parlamento Sámi hanno concordato delle *Procedures for Consultations Between Central Government Authorities and the Sámi Parliament*. Cfr., IWGIA, *The Indigenous World*, cit., p. 39. Si veda, inoltre, UN Human Rights Committee, *Concluding Observations on Norway*, UN Doc. CCPR/C/NOR/CO/5, 25 aprile 2006, par. 5.

⁴⁵ Cfr. *Second Opinion on Finland*, cit., par.155.

⁴⁶ *Ibidem*, par.19.

⁴⁷ UN Human Rights Committee, *Concluding Observations on Sweden*, UN Doc. CCPR/CO/74/SWE, 24 aprile 2002, par. 15.

⁴⁸ Come sottolineato dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite, José Martínez Cobo, esiste un profondo legame spirituale tra i popoli indigeni e le loro terre “as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions

ti decisionali che riguardano queste materie e di esercitare una qualche forma di controllo sulle proprie terre tradizionali.

Come notato in precedenza, il Parlamento Sámi rappresenta in primo luogo uno strumento di attuazione di una forma di autonomia culturale e, pertanto, manca di competenze territoriali. A tale riguardo, è interessante notare come un'indagine condotta nel 2002 dal governo svedese abbia messo in luce che il riconoscimento del diritto del popolo Sámi all'autodeterminazione è di fatto circoscritto al riconoscimento del mero diritto di questo popolo di controllare il proprio sviluppo culturale.⁴⁹ Tuttavia, è anche vero che la Svezia, al pari degli altri Paesi Scandinavi, ha ammesso che la cultura del popolo Sámi e il suo stile di vita dipendono da attività economiche quali la caccia e l'allevamento di renne, e, dunque, fanno leva in modo consistente sulle terre tradizionali. Nel paragrafo seguente, illustreremo, pertanto, come questi Stati hanno affrontato la questione delle terre e delle risorse del popolo Sámi.

5. La questione delle terre tradizionali e il compromesso norvegese.

Come illustrato in precedenza, i Paesi scandinavi hanno tradizionalmente ritenuto che le terre tradizionali delle comunità Sámi dovessero considerarsi di proprietà statale a meno che non fosse possibile provare l'acquisto di diritti su tali terre da parte di qualche individuo, disconoscendo, in tal modo, qualunque valore alla circostanza che il popolo Sámi avesse vissuto ed avesse utilizzato le terre in questione da tempo immemorabile. Tale attitudine, com'è noto, è stata tipicamente seguita dagli Stati ben al di là della singola esperienza scandinava.⁵⁰ In particolare, questa attitudine presenta evidenti punti di contatto con la dottrina delle *terrae nullius*, secondo la quale le terre indigene vennero considerate legalmente prive di un legittimo proprietario prima della loro colonizzazione.⁵¹

Nonostante questa dottrina sia stata rigettata dalla Alta Corte Australiana nel noto caso *Mabo v. Queensland [No.2]*⁵² – dopo che un esame critico sul punto era già stato fornito dalla Corte Internazionale di Giustizia nel noto parere consultivo reso sul Sahara

and culture” (*Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7). Questo aspetto è stato ribadito nel recente studio delle Nazioni Unite dedicato interamente al tema dei popoli indigeni e del rapporto con le loro terre tradizionali (Cfr. ERICA-IRENE DAES, *Indigenous Peoples and Their Relationship to Land – Final Working Paper Prepared by the Special Rapporteur*, Sub-Commission for the Promotion and Protection of Human Rights, U.N. Doc., E/CN.4/Sub.2/2001/21, 2001). Si vedano, inoltre, gli articoli 13 della Convenzione OIL n. 169, e 25 della *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* così come il preambolo della *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*.

⁴⁹ Cfr. L.A. BAER, *The Rights of Indigenous Peoples*, cit., p. 258.

⁵⁰ Cfr. ERICA-IRENE DAES, *Indigenous Peoples*, cit., par. 35.

⁵¹ J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 2004, p. 29.

⁵² *Mabo and Others v. Queensland*, (No.2) 1992, 175 CLR 1 F.C. 92/014, High Court of Australia, 3 giugno 1992.

Occidentale⁵³ - la situazione nei Paesi Scandinavi presenta tuttora un elevato grado di incertezza. Di fatto, il Comitato consultivo del Consiglio d'Europa ha affermato che:

“[t]here is a pressing need to find a balanced solution to, and improve legal certainty on, the issue of land rights in the areas inhabited traditionally by the Sámi, with a view to ensuring inter-ethnic harmony in the region and the protection of the culture and identity of persons belonging to this indigenous people”⁵⁴.

Delle considerazioni simili si rinvencono anche nelle osservazioni conclusive dei Comitati delle Nazioni Unite. Così, il Comitato sui diritti economici sociali e culturali, ad esempio, “expresses its concern about the persisting unclear situation with regard to the Sámi land rights”⁵⁵, e “recommends that the State Party [i.e. Finland] settle the question of Sámi land title as a matter of high priority”⁵⁶. Quanto al Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, esso si è dichiarato “concerned that issues related to Sámi land rights remain unresolved”, e di conseguenza ha invitato gli Stati “[to] introduce adequate legislation, in consultation with the Sámi people, ... in order to remove the legal uncertainty relating to Sámi land rights”⁵⁷.

Ora, sul piano internazionale, la tutela dei diritti dei popoli indigeni sulle terre tradizionali è stata inizialmente perseguita attraverso l'applicazione di norme di carattere più generale, concernenti da un lato l'integrità culturale, dall'altro il diritto di proprietà interpretato alla luce del fondamentale principio di non discriminazione.⁵⁸ Inoltre, secondo l'opinione di alcuni autori⁵⁹ e della stessa Commissione Interamericana⁶⁰ – a cui si aggiunge

⁵³ *Advisory Opinion on Western Sahara*, in *I.C.J.Reports*, 1975.

⁵⁴ Cfr. *First Opinion on Sweden*, cit., par. 102. In modo simile, nella *Second Opinion on Finland*, cit., il Comitato consultivo ha notato che “disputes over the ownership and use of land in the Sámi Homeland have become increasingly acute since this issue was highlighted in the first monitoring cycle of the Framework Convention, and the continuous delays in finding solutions to the outstanding issues have also had a negative impact on the societal atmosphere in the areas concerned” (par. 12).

⁵⁵ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Sweden*, UN Doc. E/C.12/1/Add.70, 30 novembre 2001, par. 16.

⁵⁶ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations on Finland*, UN Doc. E/C.12/1/Add.52, 1 dicembre 2000, par. 25.

⁵⁷ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on Sweden*, UN Doc. CERD/C/64/CO/8, 10 maggio 2004, par. 12. Sulla stessa linea si collocano anche le *Concluding Observations on Finland*, UN Doc. CERD/C/63/CO/5, 10 dicembre 2003, par. 12, e le *Concluding Observations on Finland*, UN Doc. CERD/C/304/Add. 107, 1 maggio 2001, par. 11.

⁵⁸ Questo principio è stato di recente riconosciuto dalla Corte Interamericana dei diritti dell'uomo come parte dello *Jus cogens* nel caso *Yatama v. Nicaragua* (Ser. C no. 127, 23 giugno 2005, par. 184).

⁵⁹ Intendiamo riferirci qui principalmente a S. JAMES ANAYA, *International Human Rights and Indigenous Peoples: the Move Toward the Multicultural State*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2004, p. 13.

⁶⁰ Cfr. *Final Arguments of the Inter-American Commission in the Awas Tingni Case, (Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, in Inter-American Court of Human Rights, Ser. C no. 79, 31 agosto 2001. Si veda, inoltre, *Mary and Carrie Dann v. United States* (Case 11.140, Inter-American Commission on Human Rights, Report no. 75/02, 27 dicembre 2002).

la recente pronuncia della Corte Suprema del Belize nel caso *Maya Villages of Santa Cruz and Conejo v. the Belize's Minister of Natural Resources and Environment*⁶¹ - sarebbe una norma di diritto internazionale consuetudinario ormai a richiedere il riconoscimento da parte degli Stati del diritto dei popoli indigeni alle terre che questi hanno tradizionalmente occupato.

Tuttavia, da un lato va notato che il diritto internazionale non viene considerato direttamente applicabile negli Stati scandinavi, i quali, infatti, aderiscono alla teoria cosiddetta 'dualistica';⁶² dall'altro, va anche ricordato che la Norvegia – l'unico Paese scandinavo ad avere, per il momento, ratificato la Convenzione OIL n. 169 e ad essere, pertanto, obbligato a rispettare il dettato dell'articolo 14 secondo il quale: "[t]he rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognized" – ha da sempre sostenuto che questa disposizione richiederebbe semplicemente il riconoscimento di diritti d'uso e non necessariamente di diritti di proprietà.⁶³

Nel complesso, le corti nazionali hanno seguito lo stesso approccio adottato dai rispettivi governi, affermando la proprietà statale delle terre non registrate e riconoscendo a favore del popolo Sámi soltanto dei diritti d'uso e il correlativo diritto di compensazione nel caso di azioni statali che ledano gli interessi Sámi collegati a tali diritti.⁶⁴ Ad ogni modo, va segnalato che la Corte Suprema svedese, nel caso *Taxed Lapp Mountain* del 1981, non ha escluso che, in principio, le comunità Sámi potrebbero vantare un diritto di proprietà sulle loro terre tradizionali.⁶⁵

In teoria, dunque, il popolo Sámi è legittimato ad impiegare le sue terre tradizionali ai fini dell'allevamento di renne, caccia e pesca indipendentemente da qualsiasi riconoscimento legislativo; in pratica, tuttavia, il godimento di questo diritto si è rivelato di difficile realizzazione. Posto dinanzi a interessi confliggenti, il popolo Sámi ha incontrato non poche difficoltà nel provare che determinate aree fanno parte, in effetti, delle sue terre tradizionali. Ad esempio, nei cosiddetti '*Reindeer Grazing Cases*' – dove attori non Sámi reclamavano il risarcimento dei danni causato dall'allevamento di renne praticato su terre di cui erano proprietari, mentre le comunità Sámi si difendevano sostenendo che quelle terre costituivano parte delle aree da esse tradizionalmente dedicate al pascolo invernale delle renne – la Corte di Appello svedese risolse la controversia a sfavore degli allevatori Sámi, condannandoli al risarcimento del danno.⁶⁶

⁶¹ Corte Suprema del Belize, sentenza del 18 settembre 2007.

⁶² In questo senso, si veda A. EIDE, *Legal and Normative Bases*, cit., p. 140, secondo il quale, comunque, "Norwegian courts have slowly and carefully developed a presumption principle of interpretation of national law".

⁶³ *Ibidem*, p. 144.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁶⁵ Swedish Supreme Court, *Skattefjäll Case*. Sul punto si veda L.A. BAER, *The Rights of Indigenous Peoples*, cit., p. 260.

⁶⁶ Cfr. L.A. BAER, *The Rights of Indigenous Peoples*, cit., p. 262.

Come osservato dal Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, "in cases of land disputes between Sámi and non-Sámi in courts of law, the interests of the non-Sámi frequently override those of the Sámi, and ... the latter are allegedly non provided with financial means to support litigation in respect of their rights to land".⁶⁷

Evidentemente, le difficoltà incontrate dalle comunità Sámi nel far valere in giudizio le proprie ragioni derivano dall'onere della prova, di cui sono tipicamente gravate. A tal riguardo, va ricordato che la cultura Sámi è una cultura essenzialmente orale al pari di quella della maggior parte – se non della totalità – dei popoli indigeni del mondo. Di conseguenza, la loro presenza in una certa area non è mai 'documentata'. Di fatto, però, l'orientamento seguito dalla Corte svedese nei menzionati casi *Reindeer Grazing* è stato adottato anche in Norvegia, come testimoniano i casi *Aursunden* (1997) e *Korssjøfjell* (1998)⁶⁸.

Nonostante ciò, non si può tralasciare di considerare che alcuni importanti sviluppi positivi si sono avuti nel lato norvegese del *Sápmi*.

In primo luogo, va segnalato il caso *Selbu*, in cui la Corte Suprema norvegese⁶⁹ ha invertito l'onere della prova, richiedendo che siano ora i proprietari terrieri a dover dimostrare che le terre controverse non costituiscano oggetto tradizionale di pascolo delle renne. Inoltre, la Corte ha affermato che nella fase probatoria bisogna tener conto della particolarità della cultura Sámi e delle attività tradizionalmente svolte da queste comunità.⁷⁰ In particolare, la Corte ha considerato che poiché i Sámi sono un popolo nomade il quale per lo più utilizza materiale decomponibile di cui sono difficilmente rinvenibili tracce dopo l'uso, bisogna essere molto cauti "when it comes to drawing conclusions from the fact that there is a lack of concrete information about the Sámi's presence in an area".⁷¹

⁶⁷ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observations on Sweden*, cit., par. 14. Si veda, inoltre la *First Opinion on Sweden*, cit., adottata dal Comitato consultivo del Consiglio d'Europa, secondo il quale " [w]hile Sweden recognises that Sámi have a reindeer management right in the reindeer breeding area, the situation is complicated by the fact that the territories concerned are often simultaneously subject to competing interests, including ownership rights as well as exploitation by forestry and other industries. The Advisory Committee is concerned about the high degree of legal uncertainty that prevails in this sphere. In particular, there is no legal certainty as to where the Sámi reindeer management right applies and what the detailed content of this right is and how it relates to ownership rights, notably as regards hunting and fishing. This legal uncertainty has a negative impact not only on inter-ethnic relations in the region (see related comments under Article 6) but also on the possibilities of Sámi to pursue their reindeer herding and other related activities in some of the pertinent territories. It has also given rise to several legal disputes, in particular in the winter pasture lands, with heavy financial consequences, including in terms of legal costs, for the parties concerned" (par. 30).

⁶⁸ A proposito di entrambi, si veda M. AHRÉN, *Indigenous Peoples' Culture*, cit., pp. 98-100.

⁶⁹ Norwegian Supreme Court, *Jon Inge Sirum v. Essand Reindeer Pasturing District and Riast/Hylling Reindeer Pasturing District*, 21 giugno 2001, Ser. No. 4B/2001, consultabile sul sito <http://www.galdu.org>.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

In secondo luogo, va ricordato il caso *Svartskog*,⁷² nel quale la Corte suprema norvegese ha, per la prima volta, deciso nel senso del riconoscimento da parte di una comunità Sámi della proprietà sulle proprie terre tradizionali sulla base dell'uso ("use from time immemorial").⁷³

Al di là dell'ipotesi di rivendicazioni concorrenti aventi ad oggetto la stessa unità di terra, non bisogna, poi, dimenticare che per il popolo Sámi un ulteriore ostacolo al godimento dei propri diritti deriva da una serie di attività, in particolare il taglio e la raccolta del legname, svolta nell'ambito delle sue terre tradizionali. A tal proposito, ci pare utile citare un passaggio tratto dalla *Second Opinion on Finland* del Comitato consultivo del Consiglio d'Europa, secondo il quale:

"The Advisory Committee is particularly concerned about reports that these activities are in some cases carried out without adequate attention being paid to the maintenance and development of reindeer herding or other aspects of Sami culture, and in a manner that does not sufficiently accommodate the views of the Sámi Parliament ... the Advisory Committee stresses that *there is a clear obligation to pursue logging and other related economic activities in a manner that protects the right of the Sámi, as an indigenous people, to develop reindeer herding and other elements of their culture*. In this context, the Advisory Committee notes with regret that the specific status of Sámi as the only constitutionally recognised indigenous people of Finland seems not to be fully comprehended throughout the State Forest Administration staff" (par. 55)⁷⁴.

Su questo sfondo si colloca il recente compromesso raggiunto in Norvegia con l'adozione del *Finnmark Act*,⁷⁵ salutata con favore sia dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani che dal Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale.⁷⁶ Come

72 Norwegian Supreme Court, *Landowners and Right-holders in Manndalen, Under Cadastral Nos. 29 – 35 in the Municipal Area of Kåfjord: 1. Erik Andersen (et al. a total of 146 parties) v. the Norwegian State Represented by the Ministry of Agriculture*, 5 ottobre 2001, Ser. No. 5B/2001, No. 340/1999, consultabile sul sito <http://www.galdu.org>.

73 *Ibidem*, p. 15.

74 *Second Opinion on Finland*, cit. Nello stesso senso depone la *First Opinion on Sweden*, cit., paragrafi 30-32. "In addition to clarifying the Sámi reindeer management rights per se, it is essential that Sámi are given an effective possibility to participate in the decision-making concerning other types of land-use in the region concerned, including in the territories administered by the state, in order to ensure that initiatives concerning forestry, tourism and other spheres are carried out in a manner that does not threaten the maintenance or development of reindeer herding or other aspects of Sámi culture" (par.32). Più in generale su questo argomento, meritano di essere ricordati i criteri elaborati dal Comitato delle Nazioni unite sui diritti umani. Si vedano, in particolare, *Länsman et al. v. Finland* (comunicazione 511/1992), 26 ottobre 1994, UN Doc. A/50/40; *Anni Äärelä and Juoni Näkkäljärvi v. Finland* (comunicazione 779/1997), 24 ottobre 2001, UN Doc CCPR/C/73/D/779/1997; *Juoni Länsman, Eino Länsman and the Muotkatunturi Hersmen's Committee v. Finland* (comunicazione 1023/2001), 17 marzo 2005, UN Doc. CCPR/C/83/D/1023/2001.

75 Act of 17 June 2005 No. 85 *Relating to Legal Relations and Management of Land and Natural Resources in the Country of Finnmark*, disponibile sul sito del Ministero norvegese di giustizia, <http://www.jd.dep.no>.

76 UN Human Rights Committee, *Concluding Observations on Norway*, cit., par. 5. UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding Observation on Norway*, 19 ottobre 2006, UN Doc. CERD/C/NOR/CO/18, par. 6. Si vedano, però, le preoccupazioni espresse dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali nelle sue *Concluding Observation on Norway* del 23 giugno 2005 (UN Doc. E/C.12/1/Add.109, par.26) e dal Comitato

chiarito dall'articolo 1, lo scopo del *Finnmark Act* è quello di facilitare la gestione della terra e delle risorse della regione del Finnmark, dove “Sámi and other Norwegians live side by side” e “Sámi interests therefore need to be balanced against the interests of the remainder of the population in the country”.⁷⁷

A tale scopo, il *Finnmark Act* prevede che la terra un tempo di proprietà statale debba essere convertita in terra di proprietà locale, da amministrare attraverso un organo appositamente creato, il Finnmarkseiendommen,⁷⁸ in modo da superare definitivamente i conflitti relativi alla proprietà dell'area. In effetti, durante le negoziazioni che hanno portato alla redazione di questo testo, il Comitato di esperti sulla applicazione delle Convenzioni e delle accomandazioni dell'ILO considerò che il *Finnmark Act* avrebbe sostituito il diritto di proprietà del popolo Sámi, come consacrato nella Convenzione n. 169, con una quota di partecipazione nell'amministrazione della regione e ritenne, pertanto, che ciò potesse valere come soluzione delle controversie aventi ad oggetto i diritti del popolo Sámi, a condizione che il Parlamento Sámi, in quanto organo rappresentativo del popolo Sámi norvegese, acconsentisse alla proposta.⁷⁹ Di fatto, come riporta Baer,⁸⁰ prima dell'adozione da parte del Parlamento norvegese, il compromesso sancito dal *Finnmark Act* è stato approvato sia dal Parlamento Sámi che dalla Finnmark Country Assembly.

6. Conclusioni.

La storia del popolo indigeno Sámi, come abbiamo visto, presenta non pochi elementi in comune con la storia di qualunque altro popolo indigeno del mondo. Popolo essenzialmente nomade dedito ad attività di sussistenza, il popolo Sámi si vede, in un primo momento, costretto alla ritirata progressiva dai propri territori tradizionali dietro l'avanzata di potenze straniere e, in un secondo momento, spogliato di qualunque diritto sulle proprie terre sotto l'influenza di dottrine evidentemente razziste.

La particolare attenzione che si presta alle vicende di questo popolo attiene, dunque, alla fase contemporanea della sua storia ed, in particolare, al successo che la sua rivendicazione all'autodeterminazione ha avuto in Norvegia, Finlandia e Svezia attraverso l'istituzione del Parlamento Sámi. Menzionata spesso, come uno dei più interessanti esempi di

per l'eliminazione della discriminazione razziale nelle sue *Concluding Observations on Norway* del 10 dicembre 2003 (UN Doc. CERD/C/63/CO/8, par. 18) e del 19 ottobre 2006, già menzionate, par. 17.

⁷⁷ ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations ILO Convention no. 169, Observations*, CEACR 2003/74th session, par. 2.

⁷⁸ Secondo le sezioni 6 e 7 del *Finnmark Act*, il Finnmarkseiendommen è un'istituzione indipendente incaricata dell'amministrazione delle terre e delle risorse naturali della regione del Finnmark, ed è costituita da 6 membri di cui 3 eletti dal Parlamento Sámi e altri 3 eletti dalla Finnmark Country Assembly.

⁷⁹ ILO, *Report of the Committee of Experts*, cit., par. 19.

⁸⁰ Cfr. *The Rights of Indigenous Peoples*, cit., p. 261.

accomodamento nazionale della questione indigena, l'esperienza scandinava offre, in effetti, un modello di attuazione di autonomia culturale a beneficio dei popoli indigeni – in questo caso del popolo Sámi - attraverso l'istituzione di un organo *ah hoc* a cui viene riconosciuto un ruolo consultivo in tutta una serie di procedimenti che riguardano materie di interesse per la sopravvivenza culturale di questi popoli.

Al di là delle difficoltà che la realizzazione in concreto di questo modello ancora presenta e che sono, come abbiamo visto, puntualmente segnalate dai Comitati delle Nazioni Unite e del Comitato Consultivo del Consiglio d'Europa, una delle principali debolezze del modello scandinavo risiede nella mancanza di competenze 'territoriali' del Parlamento Sámi, parzialmente risolte in Norvegia con il recente compromesso rappresentato dal *Finnmark Act*.

A BRIEF INTRODUCTION TO FEDERAL AMERICAN INDIAN LAW AND ITS EFFECTS ON AMERICAN INDIAN TRIBAL LAW

Sarah Krakoff*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A Brief Overview of the United States/American Indian Legal Relationship. – 3. United States Supreme Court Decisions and the Navajo Nation's Taxing Authority. – 4. Affirming the Tribal Power to Tax. – 5. Allowing Concurrent State Taxation in Indian Country. – 6. Categorical Limitations on the Tribal Power to Tax. – 7. Conclusion.

1. Introduction.

The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted by the U.N. General Assembly on September 13, 2007, represents the culmination of work by indigenous peoples throughout the world to achieve meaningful recognition of group rights. Nonetheless, if history is any guide, it will continue to be challenging for indigenous peoples to achieve recognition of sub-national claims to group rights, both in international and national legal forums. Yet in the United States, American Indian tribes have had a measure of legal sovereignty and self-determination, at least on paper, ever since the founding of the republic. The unique legal status of American Indian tribes may provide lessons for other countries and the international community as they struggle to give meaning and effect to the new United Nations Declaration. At the same time, the U.N. Declaration may breathe some new life into the United States' conceptions of American Indian tribal sovereignty. Given the increased attention to indigenous peoples issues globally, this brief overview of American Indian law, which includes the federal law defining the rights and status of Indian tribes and a description of some of the effects of federal law on American Indian tribal law, may provide some useful guidance for the interesting times ahead. First, I will provide a very brief overview of the history of the United States/American Indian legal relationship. Next, I will discuss some of the findings from a study of how one Indian tribe, the Navajo Nation, has forged its own legal path in the shadow of that relationship.

* Associate Professor of Law, University of Colorado Law School.

2. A Brief Overview of the United States/American Indian Legal Relationship.

American Indian tribes have a unique legal status. They are sovereign nations whose existence pre-dates the Constitution, and yet they have been folded into the United States and its domestic legal framework through a series of court decisions and other legislative and political acts. Indian tribes have also been subject to fluctuating federal policies regarding their right to exist as separate sovereigns, sometimes with effects that long outlive the federal policies themselves. The two most serious examples of such effects include the lingering consequences of the divestiture of Indian lands¹ and the inter-generational impacts of the break-up of Indian families and other efforts to eradicate Indian languages and cultures.² Both of these policies were ascendant during the allotment period at the end of the nineteenth century³, and yet have cultural and legal repercussions on tribal self-governance today. It is therefore difficult and artificial to summarize the domestic legal status of tribes by looking solely to the United States Supreme Court and its pronouncements. Yet because the Supreme Court has taken such an extraordinarily active role in defining that status lately, it is nonetheless necessary to focus on the Court's definitions of tribal self-governance.

Justice John Marshall made the first foray into defining the domestic legal status of American Indian tribes. In a trilogy of cases decided in the 1820s and 1830s, Justice Marshall held that Indian tribes are subject to the greater power of the federal government with respect to the disposition of property,⁴ that Indian tribes do not have the status of foreign nations,⁵ and that Indian tribes nonetheless retain their pre-constitutional powers of self-governance over their members and their territory, subject only to the superior power of the federal government, and not to that of states.⁶ The status of tribes as separate sovereigns was affirmed in two cases toward the end of the nineteenth century. Both cases involved criminal matters. In *Ex Parte Crow Dog*, the Court held that tribes have exclusive

1 See generally J. V. ROYSTER, *The Legacy of Allotment*, 27 ARIZ. ST. L. J. 1 (1995).

2 See A. M. DUSSIAS, *Ghost Dance and Holy Ghost: The Echoes of Nineteenth-Century Christianization Policy In Twentieth-Century Native American Free Exercise Cases*, 49 STAN. L. REV. 773, 776-805 (1997) (recounting educational and other policies that enlisted religious assistance to assimilate American Indians) [hereinafter Dussias, *Ghost Dance*]; ID., *Waging War With Words: Native Americans' Continuing Struggle Against the Suppression of Their Languages*, 60 OHIO ST. L.J. 901, 905-21 (1999) (describing policies aimed at eliminating Native language and culture) [hereinafter Dussias, *Waging War With Words*].

3 See J. V. ROYSTER, *supra* note 1, at 9 (summarizing philosophy and practices of the allotment era). Royster aptly observes: "Despite the 'flat, miserable failure' of previous experiments in allotment, advocates of the policy believed that individual ownership of property would turn the Indians from a savage, primitive, tribal way of life to a settled, agrarian, and civilized one." *Id.* (citations omitted).

4 *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. 543, 585 (1823).

5 *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1, 38 (1831).

6 *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515, 561 (1832).

jurisdiction over criminal acts committed by Indians against Indians within a tribe's reservation boundaries.⁷ In *Talton v. Mayes*, the Court determined that tribes were not required to provide Fifth Amendment grand jury proceedings in criminal cases because tribal governmental authority predates the Constitution and therefore is not subject to restraints contained in the Bill of Rights.⁸ One final nineteenth century case sets the backdrop of decisional law with respect to tribal self-governance. In *United States v. McBratney*, the Court held that states have criminal jurisdiction over non-Indians who commit crimes against non-Indians within the boundaries of an Indian reservation.⁹ Based on these cases, at the dawn of the twentieth century, federal Indian law embodied the following principles: American Indian tribes are sovereign governments subject to the greater power of the federal government but not that of individual states; tribes thus lack the status of foreign nations and are unable to engage in foreign diplomacy; but tribes, as pre-constitutional sovereigns, have authority over their internal affairs, subject to a very narrow exception for criminal matters between non-Indians.¹⁰

The Supreme Court decided a very significant federal Indian law case at the beginning of the next century. In *Lone Wolf v. Hitchcock*, the Court deferred to what it called the "plenary authority"¹¹ of Congress, and refused to subject to judicial scrutiny a congressional act that unilaterally abrogated a tribe's treaty rights.¹² The Kiowa tribe's treaty included a provision that prohibited further land cessions by the tribe unless consented to by a supermajority of tribal members.¹³ Congress nonetheless enacted a statute mandating the allotment of the Kiowa reservation. The *Lone Wolf* decision has been heavily criticized both for its dubious reasoning¹⁴ and its harsh consequences.¹⁵ As to the latter, after briefly summarizing the devastating effects of allotment policies on tribes, Phil Frickey concludes that "allotment vividly documents that *Lone Wolf* has two key facets. First, it concerns the attribution of a dangerous, unchecked power to Congress, authority that seems inconsistent with the rule of law. Second, it involved the use of that power for misbegotten purposes with disastrous consequences."¹⁶ The former consequence, the unchecked power to

7 109 U.S. 556, 559 (1883).

8 163 U.S. 376, 384 (1896).

9 104 U.S. 621, 624 (1881).

10 See C. F. WILKINSON, *American Indians, Time and the Law: Native Societies in A Modern Constitutional Democracy*, 24-25 (1987).

11 187 U.S. 553, 565 (1903).

12 *Id.* at 564.

13 *Id.* at 568.

14 See generally N. J. NEWTON, *Federal Power Over Indians: Its Sources, Scope and Limitations*, 132 U. PA. L. REV. 195 (1984) (providing critical historical review of origins of plenary power doctrine).

15 See P. P. FRICKEY, *Doctrine, Context, Institutional Relationships, and Commentary: The Malaise of Federal Indian Law Through the Lens of Lone Wolf*, 38 TULSA L. REV. 5, 6-7 (2002).

16 *Id.* at 7.

Congress, has not yet been redressed in the law, and thus exacerbates the already troubled concept of tribal sovereignty. Indian tribes, according to Justice Marshall, became subordinate to the superior power of the federal government by virtue of colonization.¹⁷ And less than a century later in *Lone Wolf*, the Court found that the nature of this colonized state is subject to the sole discretion of the legislative branch.¹⁸ What kind of sovereignty can it be that depends, for its continued existence, on the pleasure of a branch of government of another nation? This question has plagued scholars for some time, and more recently has been raised by a member of the Supreme Court.¹⁹

Notwithstanding the potential fragility, as a legal matter, of tribal sovereignty as the allotment period came to a close, the Supreme Court did not weigh in significantly on matters of tribal self-governance for the next fifty years.²⁰ During that time, allotment policies were abandoned, and the executive and legislative branches generally supported policies of tribal self-determination.²¹ Still, allotment resulted in complicated land patterns and, in some cases, unclear reservation boundaries, leaving some lower courts and scholars to question whether the framework of tribal sovereignty continued to exist.²² As Charles Wilkinson has noted, the lower court cases led one commentator, writing in 1959, to query whether Indian tribal sovereignty “has been pure legal fiction for decades.”²³

As it turned out, the Supreme Court addressed the question of the continued vitality of tribal sovereignty that same year. In *Williams v. Lee*, the Court clarified that tribal sovereignty was not legal fiction, at least no more so than any other legal doctrine.²⁴ *Williams* involved a lawsuit against Navajo tribal members by a non-Indian trader. The trader filed a collection action against the tribal members in Arizona state court. The Court held that state courts lack jurisdiction over matters involving Indian defendants that arise within an Indian tribe’s reservation boundaries, even when the plaintiff is non-Indian.²⁵ The Court

17 *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515, 559 (1832); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1, 17 (1831).

18 For a lengthy essay critiquing the constitutional underpinnings of the plenary power doctrine, see generally R. N. CLINTON, *There is No Federal Supremacy Clause for Indian Tribes*, 34 ARIZ. ST. L.J. 113 (2002).

19 See *United States v. Lara*, 541 U.S. 193, 215 (2004) (Thomas, J., concurring) (questioning whether tribal sovereignty persists notwithstanding the contradictory premises that lie at the core of the Court’s doctrine). While most of the scholarly criticism points in the direction of limiting federal plenary power as the solution to this paradox, J. Thomas suggests that another solution would be to eliminate tribal inherent sovereignty. See *id.* at 218-19.

20 WILKINSON, *supra* note 10, at 23-31 (noting that the Supreme Court decided a handful of cases at the end of the nineteenth and beginning of the twentieth centuries, but most of the action up until 1959 was in lower federal courts or state courts).

21 The termination era was a brief, and to tribes, frightening exception to this trend. See V. DELORIA, JR. & C. M. LYTLE, *American Indians, American Justice*, 15-20 (1983) (discussing the termination era policies from 1945-1961).

22 See WILKINSON, *supra* note 10, at 26-27 (noting that both courts and scholars voiced skepticism regarding independent powers of tribal self-governance).

23 *Id.* at 27 (citing R. W. OLIVER, *The Legal Status of American Indian Tribes*, 38 OR. L. REV. 193, 231 (1959)).

24 358 U.S. 217, 219 (1959).

25 *Id.* at 223.

weighed in firmly on the side of a presumption in favor of tribal self-governance against the intrusions of state law into Indian country, concluding that “absent governing Acts of Congress, the question has always been whether the state action infringed on the right of reservation Indians to make their own laws and be ruled by them.”²⁶

After *Williams*, there was a gap of a little over a decade before the Court revisited Indian law again in a serious way. It has been largely from the early 1970s on that the Court has refined the contours of tribal sovereignty. On one end of the spectrum, the Court has affirmed and strengthened the inherent sovereign authority of tribes. These cases include ones in which the Court recognized inherent tribal powers to govern tribal members or non-members as well as those in which the Court held that states lack power to regulate the activities of tribal members or non-members within Indian country. *Williams*, for example, fits both of these descriptions. It recognized the inherent powers of tribes to regulate the conduct of those, including non-members, who engage in commercial transactions within a tribe’s reservation boundaries, and also held that the state could not extend its laws into Indian country, even by way of a state’s judicial decisions, absent clear congressional authorization.²⁷

On the other end of the spectrum, the Court has limited tribal governmental authority in two ways. First, the Court has allowed greater and more intrusive forms of state regulation within Indian country. Second, the Court has limited tribal authority over non-members in Indian country. Almost all of the Supreme Court decisions that might have some direct effect on tribal governance fit within these three categories.²⁸

3. *United States Supreme Court Decisions and the Navajo Nation’s Taxing Authority.*

Supreme Court decisions do not arise in a vacuum. Disputes stem from live controversies about tribal power in Indian country. Indeed, one indication of contemporary tribal vitality is that so many decisions about conflicts in Indian country are being heard by fede-

²⁶ *Id.* at 220.

²⁷ *Id.* at 223.

²⁸ I add the caveat “almost” because there certainly are some cases that do not address tribal powers head-on that nonetheless have impacts on tribes and their abilities to govern. For example, the Supreme Court recently decided two cases in which tribes sued the federal government alleging violations of the federal trust obligation. See *United States v. White Mountain Apache Tribe*, 537 U.S. 465 (2003) (finding in favor of the tribe in a matter involving federal trust obligation to maintain physical property); *United States v. Navajo Nation*, 537 U.S. 488 (2003) (holding that the *Indian Mineral Leasing Act* does not impose trust obligation such that federal government is financially liable to tribe for behavior by government officials that was alleged to have blatantly undermined tribal interests). While these cases may have fairly substantial effects on tribal economic health, and in that sense impact tribal self-governance, they are primarily about limitations, or their absence, on federal governmental behavior rather than tribal governmental behavior. Thus these cases, and others with similarly limited relevance to the particular issues of this study, were not examined in terms of their impacts on tribal self-governance.

ral courts. At the same time, the institutional role the Court plays means that individual disputes harden into rules that affect all Indian nations. To understand the full scope of the workings of the Supreme Court, it would therefore be helpful to have a wide range of scholarly work being done on the effects of legal decisions on tribal life. Below is just a slice of a modest effort towards this end. The study from which the following findings regarding tribal taxation are drawn reviewed the effects of contemporary Supreme Court decisions on the Navajo Nation's exercise of sovereignty.²⁹ The larger study examined, in addition to taxation, civil regulatory and adjudicative authority and, to a lesser extent, criminal authority.

The Supreme Court's uneven treatment of tribal sovereignty is particularly apparent in the context of the inherent tribal power to tax. For the purposes of the study of the effects of federal law on the Navajo Nation, I divided the cases into three categories: first, those that affirm the tribal power to tax; second, those that recognize state concurrent taxing authority, and finally; those that divest tribes of categories of taxing jurisdiction. The first category obviously favors Indian tribes, and the second two present challenges for tribal authority. In some instances, the impacts on tribal revenue and consequent ability to provide government services are obvious and concrete. In others, the effects are more elusive or complicated. The picture that emerges is one of a tribal nation enacting its sovereignty in creative ways, even in the face of apparent constraints. At the same time, it is clear that some rules emanating from the Court impose non-negotiable limits on tribal authority that in turn hamper the Navajo Nation's ability to serve the needs of the people.

4. *Affirming the Tribal Power to Tax.*

The Supreme Court has recognized that Indian tribes have inherent authority to tax non-tribal members in a number of cases. First, in *Washington v. Confederated Tribes of Colville Indian Reservation* (1980), the Court found that the power to tax Indians and non-Indians was "a fundamental attribute of sovereignty which the tribes retain unless divested of it by federal law or necessary implication of their dependent status."³⁰ Second, in *Merrion v. Jicarilla Apache Tribe* (1982), the Court affirmed the taxing power, finding it to be "an essential attribute of Indian sovereignty because it is a necessary instrument of self-government and territorial management."³¹ *Merrion* upheld a tax that the *Jicarilla Apache Tribe* imposed on non-Indian lessees who were extracting oil and gas from tribal trust lands. The non-Indian taxpayers raised several arguments, including that the Tribe's

²⁹ See S. KRAKOFF, *A Narrative of Sovereignty: Illuminating the Paradox of the Domestic Dependent Nation*, 83 OREGON L. REV. 1109 (2004).

³⁰ 447 U.S. 134, 152-153 (1980).

³¹ 455 U.S. 130, 137 (1982).

tax resulted in multiple taxation in violation of the Commerce Clause, and that the tribal power to tax is only coextensive with the tribal power to exclude non-Indians from the reservation. The Court rejected each of these arguments, and repeatedly stressed the inherent authority of Indian tribes to tax, as well as the crucial role that taxation plays for any government to finance governmental services and activities. The tribal power to tax “derives from the tribe’s general authority, as sovereign, to control economic activity within its jurisdiction, and to defray the cost of providing governmental services by requiring contributions from persons or enterprises engaged in economic activities within that jurisdiction.”³²

The trend of affirming tribal taxing powers continued in *Kerr-McGee Corp. v. Navajo Tribe of Indians* (1985), a case testing the Navajo Nation’s taxes as applied to non-Indian mineral lessees.³³ As in *Merrion*, the mineral leases were located on tribal lands. Unlike *Merrion*, the Secretary of Interior had not expressly approved the tribal taxes. The non-Indian lessees argued that without secretarial approval, the Navajo taxes were invalid. The Court rejected this argument, finding that no federal statute required secretarial approval of tribal taxes, and that no such statute was necessary to authorize the taxes because the power to tax is “an essential attribute of self-government.”³⁴ Of particular relevance to the Navajo Nation and its perception of the strength of future arguments regarding its sovereignty, the Court concluded by stating that “[t]he Navajo Government has been called ‘probably the most elaborate’ among tribes. . . . The legitimacy of the Navajo Tribal Council, the freely elected governing body of the Navajos, is beyond question. . . . [And] neither the Congress nor the Navajos have found it necessary to subject the Tribal Council’s tax laws to review by the Secretary of Interior.”³⁵

Given the green light to pass and enforce taxes against non-Indians, the Navajo Nation has developed an elaborate and comprehensive taxation program. The Navajo Nation Tribal Council established the Navajo Nation Tax Commission in 1974. Emboldened by the new era of self determination and committed to creating a homeland that could nurture their people in ways that the federal government had repeatedly failed to do, the Navajo Nation set out to collect revenue to fund essential programs. As the Council stated in its resolution: “Various studies and surveys made by and on behalf of the Navajo Tribe have shown that taxation within a comprehensive tax program would be in the best interests of the Navajo people.”³⁶

32 Id. at 137.

33 471 U.S. 195 (1985).

34 Id. at 200.

35 Id. at 201 (citations omitted).

36 *Establishing a Navajo Tax Commission and Amending Approved FY 1974 Budget*, Navajo Tribal Council Resolution CJA-6-74 (1974).

In the four years following the establishment of the Navajo Tax Commission, the Commission continued to study the question of whether and how much to tax.³⁷ In 1978, the first Navajo taxes, a possessory interest tax³⁸ (hereafter PIT, which is a type of ad valorem tax), and a business activity tax (hereafter BAT, which is a type of gross receipts tax) were enacted by the Tribal Council. In enacting both of these taxes, the Tribal Council again declared that “The right to tax is part of the inherent sovereignty of any nation.” In addition, the economic need for the taxes was articulated: “Navajo population and Navajo needs are increasing, with the increase in the need for services partly a result of increased employment and development within the Navajo Nation.”³⁹ In these pronouncements, the direct link between sovereign authority and revival and protection of the Navajo people is evident.

The BAT and PIT taxes were immediately challenged by several non-Indian businesses, and these challenges led to the Supreme Court decision affirming the tribal inherent power to tax in *Kerr-McGee*. The Navajo Tribal Council immediately declared that the date of the *Kerr-McGee* decision would be celebrated as a Navajo holiday, known as “Navajo Nation Sovereignty Day.” The Navajo Tribal Council announced with evident pride: “The Supreme Court by a vote of 8 to 0, stated that the Navajo Tribal Government as a Sovereign Nation has the inherent right to impose taxes without review and approval of the Secretary of Interior; and . . . said that the Navajo Government, ‘probably the most elaborate among tribes,’ is legitimate and that as a Sovereign Nation has the absolute right to Self-Government”. While recognizing and lauding the decision of the Justices in Washington, D.C., the Tribal Council is also clear to give credit for the instigation of sovereignty to the Navajo people themselves: “This landmark decision on behalf of the Navajo people, as well as all Indian nations, reaffirms and confirms that the Navajo Nation is a Sovereign Nation; and This landmark decision is also a direct result of the Navajo Nation utilizing its own in-house expertise.”⁴⁰ It might be surprising, given general public hostility to taxation, to hear that the power to tax is celebrated in an annual holiday. The Navajo reaction indicates the strong link that the Navajo perceive exists between their sovereign powers as a government and their continued existence as a people.

Kerr-McGee also had more concrete effects. Subsequent taxes enacted by the Navajo Nation include the Oil and Gas Severance Tax, passed in 1985,⁴¹ the Hotel Occupancy Tax,

37 See *The Navajo Nation Office of the Navajo Tax Commission, History of the Navajo Tax Commission and Office of the Navajo Tax Commission*: http://www.navajotax.org/new_page_1.htm.

38 See *Enacting the Navajo Possessory Interest Tax*, Navajo Tribal Council Resolution CJA-13-78 (1978).

39 See *Enacting the Navajo Business Activity Tax and Clarifying the Question of Compensation of Commission Members*, Navajo Tribal Council Resolution CM-36-78 (1978).

40 See Navajo Tribal Council Resolution CMY-35-85 (1985).

41 See Navajo Tribal Council Resolution CO-79-85 (1985).

passed in 1992,⁴² the Tobacco Products Tax,⁴³ the Fuel Excise Tax,⁴⁴ and the Sales Tax.⁴⁵ The revenue from these taxes constitutes an increasingly significant percentage of the Navajo Nation budget. A certain percentage of the revenue is earmarked off the top for distribution to particular funds. These include 5% to the Tax Administration Suspense Fund, 2% to the Land Acquisition Fund, 2% to the Chapter Development Fund, and 12% to the Permanent Trust Fund.⁴⁶ In addition, portions of particular taxes are earmarked for specific uses. For example, the net revenue from fuel taxes goes to road maintenance and construction, and the net revenue from the hotel tax goes to a tourism fund.⁴⁷

Each of these funds, in particular the Land Acquisition Fund and the Permanent Trust Fund, plays a significant role in furthering the core aspects of sovereignty, and allowing the Navajo Nation simultaneously to heal historical wounds, and move forward creatively towards a more sustainable economic future. The Land Acquisition Fund enables the Navajo Nation to purchase non-Indian fee lands, and thereby restore the land base as well as address some of the jurisdictional problems raised by checkerboard patterns of ownership. The Permanent Trust Fund, which was established by former Navajo Nation President Peterson Zah in 1985, is intended to provide a replacement revenue stream for oil and gas royalties.⁴⁸ Revenue from the Fund became available in 2005. The Navajo Nation needs long-term financial security for the day when income from fossil fuels ceases (or at least diminishes greatly,) due to depletion of the resource. Using tax revenues in this way is a creative solution to the serious gaps in economic development opportunities in Indian Country.

After the earmarked funds are subtracted from the tax revenue, the remainder goes in the Navajo Nation General Fund. This Fund includes revenue from all sources, including other tribally generated revenue, such as royalties from mineral production, as well as federal and state grants. From 1990-2002, tribal taxes accounted for a low of 7% of the total to a high of 15% of the General Fund. Tax revenue thus supports a variety of programs that ensure the health, security and long-term viability of the Navajo Nation and its people. The money goes to basic infrastructure, which is essential to further other forms of economic development, as well as long-term investment in the Permanent Trust Fund. Moreover, taxes are becoming an increasingly significant aspect of the Navajo govern-

42 See Navajo Tribal Council Resolution CJY-27-92 (1992).

43 See Navajo Tribal Council Resolution CO-107-95 (1995).

44 See Navajo Tribal Council Resolution CAU-85-99 (1999).

45 See Navajo Tribal Council Resolution CO-84-01 (2001). The sales tax went into effect on April 1, 2002.

46 Interview with Amy Alderman, Legal Department, Navajo Nation Tax Commission in Window Rock, Ariz. (Dec. 10, 2003) (notes on file with author).

47 Interview with Amy Alderman, Legal Department, Navajo Nation Tax Commission in Window Rock, Ariz. (July 8, 2003) (notes on file with author).

48 See Navajo Tribal Council Resolution CJY-53-85 (1985).

mental budget. The Court's affirmation of the inherent power to tax has enabled the Navajo Nation to fund essential governmental programs today, as well as plan for a more secure economic future.

5. *Allowing Concurrent State Taxation in Indian Country.*

The Supreme Court has consistently held that state taxes cannot be imposed on Indian nations or tribal members within tribal Indian country. Questions concerning state authority to tax non-tribal members in Indian country are more complex, and the trend recently has been to affirm concurrent state taxation of non-tribal member activity. The roots of the doctrine recognizing concurrent state jurisdiction in Indian country took hold after the allotment period, when significant numbers of non-Indians settled within tribal territorial boundaries as a result of the allotment and sale of "surplus" tribal lands. The influx of non-Indians into Indian country presented a challenge to the vision of the intact Indian nation assumed by Justice Marshall in his trilogy. Courts responded by recognizing state jurisdiction over white-on-white crimes, and in some circumstances allowing state taxation of non-Indian activity.⁴⁹

In the modern era, the Court initially sent some conflicting messages concerning concurrent state taxation. In two cigarette tax cases decided in 1976 and 1980 the Court upheld state taxation of on-reservation cigarette sales to non-Indians.⁵⁰ Foremost in the Court's reasoning was the tribe's economic behavior. The Court disapproved of the tribe's attempt to "market a state tax exemption,"⁵¹ notwithstanding the fact that similar market behavior often drives state decisions about tax rates. In addition, the Court seemed to latch on to the fact that the cigarettes were not produced on the reservation, and thus the state tax did not affect reservation-generated value.⁵² Yet during the same time period, the Court decided three cases in which state taxes were preempted.⁵³ Up until this point, a unique "cigarette tax doctrine" appeared to explain the Court's divergence from earlier cases.

Cotton Petroleum Corp. v. New Mexico (1989) was the first modern era non-cigarette-

49 *United States v. McBratney*, 104 U.S. 621 (1881) (recognizing state criminal jurisdiction over white-on-white crime in Indian country); *Maricopa & P.R.R. v. Arizona*, 156 U.S. 347 (1895) (allowing Arizona territory to tax railroad running through Indian country); *Wagoner v. Evans*, 170 U.S. 588 (1898) (upholding county taxes on non-tribal member cattle grazed in Indian country).

50 *Moe v. Confederated Salish & Kootenai Tribes*, 425 U.S. 463 (1976); *Washington v. Confederated Tribes of Colville Indian Reservation*, 447 U.S. 134 (1980).

51 *Colville*, 447 U.S. at 155 ("[P]rinciples of federal Indian law . . . [do not] authorize Indian tribes thus to market an exemption from state taxation to persons who would normally do their business elsewhere.").

52 See *Colville*, 447 U.S. at 157.

53 See *White Mountain Apache Tribe v. Bracker*, 448 U.S. 136 (1980); *Central Machinery Co. v. Arizona State Tax Comm'n*, 448 U.S. 160 (1980); *Ramah Navajo School Bd., Inc. v. Bureau of Revenue of New Mexico*, 458 U.S. 832 (1982).

te case in which the Court upheld concurrent state taxation of non-Indians in Indian country.⁵⁴ *Cotton* involved the state of New Mexico's attempt to impose oil and gas severance taxes on non-Indian companies extracting oil and gas from leases on Indian trust land. The Court addressed the conflicting messages from the previous cases by stating that the Court applies a "flexible pre-emption analysis sensitive to the particular facts and legislation involved."⁵⁵ As part of this analysis, the Court undertakes a "particularized examination of the relevant state, federal, and tribal interests."⁵⁶ The Court considers the "history of tribal independence in the field at issue," as well as the broad policies that underlie the legislation.⁵⁷ Finally, "although state interests must be given weight and courts should be careful not to make legislative decisions in the absence of congressional action, ambiguities in federal law are, as a rule, resolved in favor of tribal independence."⁵⁸

As applied to the state taxes in *Cotton*, the Court found no preemption. The relevant legislation did not prohibit state taxation of non-Indians. The Court found that the general legislative intent to provide for the maximum profitability for Indian tribes was directed at tribal royalties, not indirect effects on tribal taxes from concurrent state taxes. The Court also stressed that the state provided "substantial services" to both the tribe and the taxpayer, "costing the state approximately \$3 million per year."⁵⁹ The Court further relied on findings by the district court that indicated that the tribe still had room to increase its taxes and royalties, notwithstanding the state taxes.⁶⁰

The cases in which the Supreme Court has affirmed concurrent state taxation of non-Indians in Indian Country have affected the Navajo Nation in two ways. On the one hand, it is clear that tribal revenue is less than it could be in the absence of multiple taxation. Due to the Court's rulings, tribes cannot market tax exemptions in order to lure customers into their jurisdiction, as states frequently do. The tax rate in Indian country for non-Indians will therefore always be set at a floor of the state tax rate. On the other hand, the Navajo Nation has approached state governments in order to address the problem of multiple taxation on a government-to-government level. Through tribal and state legislation as well as intergovernmental agreements, the Navajo Nation has been able to mitigate some of the harsher effects of the Supreme Court's multiple taxation cases.

The revenue impacts of the *Cotton* rule are apparent in the context of the Navajo

54 490 U.S. 163 (1989).

55 *Id.* at 176.

56 *Id.* (quoting *Ramah Navajo School Bd., Inc. v. Bureau of Revenue of New Mexico*, 458 U.S. 832, 838 (1982)).

57 *Cotton Petroleum*, 490 U.S. at 176.

58 *Id.* at 177.

59 *Id.* at 185.

60 *Id.* at 185 ("[T]he District Court found that 'no economic burden falls on the tribe by virtue of the state taxes,' . . . and that the Tribe could, in fact, increase its taxes without adversely affecting on-reservation oil and gas development.").

Nation Sales Tax. The sales tax is currently set at 3% of the gross receipts of any sale.⁶¹ The range set by the statute is between 2% and 6%, but in an environment of dual taxation for non-Indian visitors to the reservation, it is not practical to set the tax any higher than 3%.⁶² In 2003, the revenue from the sales tax exceeded 4 million dollars.⁶³ If that revenue were doubled, there would (obviously) be more money and more flexibility. According to Amy Alderman, legal counsel for the Navajo Nation Tax Commission, one option would be to earmark some of a larger pool of sales tax revenues for sorely needed social programs.

Within this framework of constraints, the Navajo Nation has found room to maneuver. Neither the surrounding states nor the Navajo Nation want the multiple tax burden to inhibit non-Indian business altogether. In such circumstances, both governments lose out on the potential revenue stream. As a result, the Navajo Nation has approached New Mexico, Arizona and Utah and achieved agreements that, for the most part, mitigate the harshest effects of multiple taxation on non-Indians. New Mexico in particular has proved to be an important partner in addressing multiple taxation. In 2001, the Office of the Navajo Tax Commission worked with members of the New Mexico legislature to reduce the dual taxation effects on coal extracted from the New Mexico portion of the Navajo Nation⁶⁴ The negotiations resulted in mutual legislation to address the problem. New Mexico passed laws providing for severance and gross receipts tax credits to offset the Navajo taxes, and also authorized entry into cooperative agreements with the Navajo Nation.⁶⁵ The Navajo Nation likewise approved amendments to the BAT.⁶⁶ The result is that businesses extracting coal from the New Mexico portion of the reservation pay a comparable tax rate to businesses extracting coal from non-Indian country lands in New Mexico.

Similar legislation and intergovernmental agreements have been reached regarding other taxes. There is an intergovernmental agreement with Arizona related to tobacco tax revenue sharing and enforcement, and Arizona has passed legislation that essentially caps the cumulative tobacco tax on the reservation at the state tax rate.⁶⁷ Arizona and the Navajo

61 See *Navajo Nation Sales Tax*, § 605, Rate of Tax.

62 See Interview with Amy Alderman, *supra* note 46.

63 See Office of the Navajo Nation Tax Commission, FY 2004 Revenue Projection and actual revenue figures from FY 2002-FY 2003, October 13, 2003, on file with author.

64 See Interview with Amy Alderman, *supra* note 46.

65 See H.R. 293, 2001 Leg., First Reg. Sess. (N.M. 2001), codified at N.M. Stat. Ann. § 7-9-88.2, § 7-29C-2, § 9-11-12.2.

66 See Navajo Tribal Council resolution CAU-67-01 (2001) (approving amendments to the BAT to offset dual taxation of coal extraction activities in New Mexico portion of Navajo Nation, and acknowledging parallel state laws passed by New Mexico).

67 See *Ariz. Rev. Stat.* § 42-3302 (tobacco tax credit provisions).

Nation have also entered into intergovernmental agreements with respect to enforcement of the Navajo Nation BAT and the Hotel Occupancy tax. In Utah, the Tax Commission worked with state legislators to reduce the effects of concurrent state and tribal taxes in the context of hotel occupancy and fuel excise taxes. Utah passed laws mitigating the dual taxation effects, and an intergovernmental agreement was finalized.⁶⁸ Also regarding fuel excise taxes, intergovernmental agreements exist with Arizona, New Mexico, Texas, and California.

This complex of Navajo and state legislation and intergovernmental agreements has, in many significant respects, eliminated concurrent taxation in fact. The Navajo Nation has thus been able to counteract the effects of the Supreme Court's concurrent taxation jurisprudence, to the advantage of taxpayers as well as tribal and state governments. By approaching other governments to achieve a taxing environment that does not discourage economic investment and development, the Navajo Nation exercises its sovereignty against the backdrop of federal decisional law in a positive (and mutually beneficial) way. The Navajo Nation's response can only go so far, however. The Court's concurrent taxation cases have virtually eliminated the possibility that tribes could use competitive tax policies to attract non-Indian businesses on to the reservation. And new tribal taxes, such as the Navajo Nation Sales Tax, are lower than they could be in the absence of dual taxation. Yet within these very real constraints imposed by the Court's legal definition of sovereignty, the Navajo Nation nonetheless is enacting sovereignty on the ground in creative and powerful ways.

6. *Categorical Limitations on the Tribal Power to Tax.*

Cases in which the Supreme Court has rejected categories of tribal jurisdiction have proven more difficult for the Navajo Nation. A series of cases, beginning with a decision concerning criminal jurisdiction over non-Indians in 1980,⁶⁹ has eroded tribal authority over non-Indian activity within reservation boundaries. Until recently, it appeared possible that the sovereign power to tax might be treated differently than other civil powers, and that Indian nations would continue to be able to impose and collect taxes on non-Indians within reservation boundaries on the same terms that states impose taxes on those within their territorial boundaries. A case arising from within the Navajo Nation, *Atkinson Trading Co. v. Shirley* (2001),⁷⁰ rejected this possibility, and has created problems for the Navajo Nation that extend beyond the holding of the case itself.

Until *Atkinson*, the Court's treatment of tribal inherent powers to tax appeared to dif-

68 See *id.*; see also *Utah Code Ann.* § 59-13-201 (2003), § 59-13-204 (2003), § 59-13-301.5 (2003).

69 *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).

70 532 U.S. 645 (2001).

fer from that of other tribal governmental powers. As discussed above, in *Merrion*, the Court affirmed the tribe's power to tax non-Indians, and found that the tribal power to tax was not merely an extension of the tribal power to exclude non-Indians from the reservation.⁷¹ *Merrion* recognized that it had long been the understanding of the executive branch that tribes retained the power to tax activities on lands in which they had a significant interest, irrespective of land title.⁷² That understanding was bolstered by an early circuit court opinion affirming tribal taxes on non-Indian businesses located on non-Indian lands within a reservation.⁷³

The argument that the taxing power is different, and should not be measured by land title, is also supported by the justification for the power to tax. Governments provide services to areas within their geographical region, irrespective of land title. The power to raise revenue to fund those services is a necessary and indispensable attribute of government. The general character of an area is determined by the governmental authority primarily responsible for police, fire, and other health and safety services. In the area surrounding the tiny island of fee land on which the *Atkinson Trading Company* runs its hotel and trading post, that governmental authority is the Navajo Nation.⁷⁴ As the Navajo Nation noted in its briefs before the Supreme Court, the Navajo Nation provides fire and police protection, emergency medical services, and health inspection services to the Cameron area.⁷⁵ The *Atkinson Trading Co.* thus benefits from the advantages of a "civilized society" provided to the Cameron Trading Post and its customers by the Navajo Nation.⁷⁶ In addition, it is quite clear that the *Atkinson Trading Co.* draws customers to its business by advertising itself as a gateway to Indian culture. The web-site shows photographs of Navajo waitresses, walls adorned with Navajo rugs, and includes the following marketing blurb:

Time was when it would take days, sometimes months, to travel across the reservation and trade for the fine Native American arts and curios that can be found here now. The Cameron Trading Post today is a center for local trade as well as a source for Native art representing cultures throughout the American Southwest. In traditional patterns passed down through generations, this selection of hand crafted weavings, baskets, pottery, jewelry, and carvings are mementos to be treasured, found in a variety to suit any vacation budget. A large variety of regional curio items are also available, popular among locals and visitors alike.⁷⁷

71 See *Merrion*, 455 U.S. at 137.

72 *Id.* at 139.

73 See *Buster v. Wright*, 135 F. 947, 957 (8th Cir. 1905), cert. denied, 203 U.S. 599 (1906).

74 See *Brief for Respondents* at 3,14-15, *Atkinson Trading Co. v. Shirley*, 532 U.S. 645 (2001) (No. 00-454).

75 *Id.* at 3-4.

76 *Id.* at 7, citing to *Merrion*, 455 U.S. at 137-138.

77 Historic Cameron Trading Post, at <http://www.camerontradingpost.com/Gift-Shop.html> (Mar. 2, 2004).

None of these arguments were availing before the Supreme Court, however, and it held that the Navajo Nation could not impose a tax on a non-Indian on non-Indian fee land with the Navajo Nation's boundaries.

Atkinson has clear, if not deep, revenue effects on the Navajo Nation. In addition, the Court's recent decisions limiting tribal powers create, in the minds of non-Indians doing business on the Navajo Nation, a presumption against tribal authority in many circumstances. These decisions are more difficult to negotiate around than the concurrent state taxation cases, in that they put the Navajo Nation at a distinct disadvantage in bargaining.

First, with respect to direct revenue effects from *Atkinson*, the Navajo Nation Hotel Occupancy Tax was passed by the Navajo Nation Tribal Council in 1992.⁷⁸ Prior to the *Atkinson* decision, the tax was imposed on non-Indian guests at fourteen hotels located within Navajo Nation boundaries, as well as a small number of "bed and breakfast" establishments. Since *Atkinson*, the Navajo Nation has ceased collecting the tax from two hotels on non-Indian fee land, Cameron Trading Post (the *Atkinson* hotel) and Goulding's at Monument Valley. The Navajo Nation has also stopped collecting the Navajo Nation Sales Tax for any transactions between non-Indians on non-Indian fee land.⁷⁹

The revenue impacts of *Atkinson* are clear in the context of the Hotel Occupancy Tax. In the three years preceding the *Atkinson* decision (when both the Cameron Trading Post and Goulding's were collecting the HOT from non-Indian customers,) revenue from the HOT ranged from a low of \$1,167, 353 to a high of \$1,169, 686.⁸⁰ In 2001, the year *Atkinson* was decided, the revenue from the HOT dipped to \$881,533. In 2002, HOT revenue totaled \$948,291, and the total projected revenue for 2003 is \$624,000.⁸¹ The amount of revenue lost is not enormous. Although Cameron Trading Post and Goulding's are significant tourist establishments on the Navajo Nation, they still only constitute two out of fourteen hotels within reservation boundaries. But the lost revenue is also not likely to be recouped. Some Navajo Nation officials have suggested creative ways to induce a consensual agreement with the non-Indian owners of the hotels. For example, Navajo Nation District Court Judge Allan Sloan speculates whether the Navajo Nation's withdrawal of the provision of police and other emergency services from the Cameron area would cause *Atkinson*'s to consent to pass on the tax in exchange for these services being restored.⁸² But whether the Navajo Nation would adopt this somewhat confrontational strategy is at

78 See 24 Nation Code §§ 101-142 (1995).

79 See Interview with Amy Alderman, *supra* note 46.

80 See The Navajo Nation Office of the Navajo Tax Commission, Taxes Collected, http://www.navajotax.org/new_7_page.htm.

81 See Office of the Navajo Tax Commission, FY 2004 Tax Revenue Projection, Attachment B (on file with author).

82 See Interview with Allan Sloan and T.J. Holgate, Navajo Nation District Court Judges, in Window Rock, Ariz. (July 9, 2003) (notes on file with author).

best uncertain. Furthermore, whether the owner of Atkinson's, for whom resistance to the Navajo HOT was presumably largely ideological (since the tax was passed on to transient, non-repeating customers, and therefore not a factor in hotel profits,)⁸³ would consent even under such circumstances is highly speculative. The tax revenue that is lost due to the direct effects of the *Atkinson* decision is therefore likely lost for good. The Navajo HOT funds tourism-related services that the Navajo Nation government provides. The loss of this income therefore hurts the Navajo Nation's ability to engage further in this relatively non-exploitative form of economic development.⁸⁴ Extrapolating from the Navajo experience, it is likely that this fairly non-negotiable outcome has far greater revenue impacts on other tribes, almost all of whom have far greater non-Indian fee land within their boundaries than the Navajo Nation.

Another effect from *Atkinson* in the taxing context is the negotiation posture that the Navajo Nation now takes with respect to consent to rights of way and other limited interests in land across Navajo Indian country. A case decided prior to *Atkinson*, *Strate v. A-1 Contractors*, held that for the purposes of tribal civil jurisdiction, non-Indian rights of way across tribal trust land are the equivalent of non-Indian fee land.⁸⁵ Therefore, to preserve the authority to tax the use of such rights of way and similar interests in land, the Navajo Nation Department of Justice now includes consent to taxation clauses in all of its right of way agreements.⁸⁶ While this appears to be a responsive solution, there is some question as to whether it creates barriers to negotiating with non-Indian businesses that did not exist prior to *Strate* and *Atkinson*.⁸⁷

Atkinson is a significant legal setback for the Navajo Nation. The case presents a virtually non-negotiable barrier to the ability to collect income from non-Indians doing business on non-Indian fee land within reservation boundaries. This is so regardless of whether the Navajo Nation provides the benefits of governmental services to the area, and regardless of whether the cultural and aesthetic benefits of the Navajo Nation are the primary reasons for the non-Indian presence. The revenue effects are evident, and although limited in

83 See Interview with Marcelino Gomez, Navajo Nation Department of Justice, in Window Rock, Ariz. (Dec. 11, 2003) (notes on file with author).

84 Unlike natural resource extraction, a tourist-based economy has no natural limitation. Tourism is therefore a renewable source of income, as well as one that can be practiced in ways that do not harm the natural or cultural environment, particularly if the Navajo Nation itself is in control of the enterprise. But see H. K. ROTHMAN, *Pokey's Paradox*, in *Reopening the American West* 90-121 (H. K. Rothman ed., 1998) (exploring cultural challenges presented by fostering a tourism economy).

85 See *Strate v. A-1 Contractors*, 520 U.S. 438 (1997).

86 See Interview with Amy Alderman, Navajo Nation Tax Commission Legal Department, in Window Rock, Ariz. (July 7, 2003) (notes on file with author).

87 See Interview with Luralene Tapahe, Navajo Nation Department of Justice, in Window Rock, Ariz. (Dec. 11, 2003) (notes on file with author).

amount they are also highly unlikely to be recovered. Moreover, *Atkinson* and related cases limiting tribal civil jurisdiction of all kinds create a climate of awkward business negotiations with non-Indians, and undermine the legitimacy of tribal institutions by inviting an unending flow of challenges to tribal authority.

7. Conclusion.

The degree of sovereignty that Indian nations have retained in the United States has enabled them to survive and adapt as distinct peoples despite centuries of inconsistent federal policies towards American Indians. At their lowest point, United States policies aimed deliberately at eliminating separate tribal existence. Today, there is a relative state of equilibrium for Indian nations. They have far more political clout than in any time in recent history, yet the economic and social challenges remain significant. As tribes gain resources to address these issues themselves, they often face backlash and resistance from non-Indians and states. Throughout, tribal sovereignty has played an important role, even if serving sometimes solely as an empty legal concept, waiting in reserve for the time when Indian nations could fill it again with vitality and meaning. As indigenous peoples throughout the world attempt to assert similar forms of self-determination through the variety of mechanisms available today in international and domestic arenas, perhaps there will be opportunities for exchange and renewal. The United States' version of sovereignty for tribes might provide positive and negative lessons, and the developing norms throughout the world might likewise bring new ideas back to North America.

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'encomienda¹.

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.

¹ 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 maggioranza²: 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 maggioranza³. In realtà, le popolazioni indigene furono oggetto di un'assimilazione coatta⁴ - giungendo in alcuni momenti persino ad essere eliminate fisicamente - per realizzare l'ideale di comunità politica omogenea, ove i cittadini condividessero la mede-

² 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).

³ 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'aver 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), *Eguali, 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.

⁴ 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.cervante-svirtual.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 territorio⁵. 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 indigenismo⁶, 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-

⁵ 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.

⁶ 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. BENGOA, *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 definite⁷.

Ciò mise in crisi le tradizionali concezioni dell'identità nazionale degli Stati, formati 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"⁸.

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

⁷ 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..

⁸ 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”⁹. 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 collettivi¹⁰.

⁹ 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.

¹⁰ 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 latina¹¹ - 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).

¹¹ 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 scorso¹². 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 persone¹³.

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

¹² 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.

¹³ 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 territorio¹⁴. 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

¹⁴ 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 *chanéas* 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-uruguayas 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”¹⁵. 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 frontiera¹⁶ sino al Río Bermejo. Dal punto di vista sostanziale, il

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

¹⁶ 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 aborigen*, 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 argentini¹⁷ – 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 meticci¹⁸. 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"¹⁹ 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 attività²⁰. 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.

¹⁷ 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*.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 minoranze²¹.

Ad inaugurare la nuova politica indigenista fu la provincia di Formosa, che approvò per prima, nel 1984²², 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 territori²³. 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 territorio²⁴, altre prevedevano già una attribuzione di terre²⁵ o, infine, più

²¹ 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.

²² *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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ 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 vigente²⁶.

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 decender 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'Instituto 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 Indígena²⁷, 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*²⁸.

²⁶ 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 aborígen* (n. 6373 del 1986), già citata.

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

²⁸ *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 Aborigen e dell'Asociación Indígena de la República Argentina, che costituirono delle *lobby*, garantendo in sede costituente una presenza costante di rappresentanti indigeni²⁹.

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 nazionale³⁰.

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-

²⁹ 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 Aborigen, *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.

³⁰ 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 y 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 giuridico³¹. 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

³¹ 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 soprusi³² - 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 privati³³.

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

³² 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>.

³³ 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'Instituto 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.³⁴ 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”³⁵ 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.³⁶

³⁴ 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.

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

³⁶ 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 2004³⁷ - 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”³⁸. 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 dottrina³⁹, 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”⁴⁰.

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”.

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

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

³⁹ Il rinvio è a J. ALTERINI, P. CORNA e A. VÁZQUEZ.

⁴⁰ 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 emergencia 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*⁴¹ 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 Andes⁴² 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 inscrita*” 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.

⁴¹ 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”.

⁴² 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 ponti⁴³. 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-

⁴³ 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 internazionale⁴⁴.

5. Il caso del Paraguay: “Cuantos 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-

⁴⁴ 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 indigena⁴⁵ 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”⁴⁶. Tale situa-

⁴⁵ 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*, *enlhet norte*, *enxet sur* e quelle più piccole sono *manjui*, *guaná* e *tomaraho*.

⁴⁶ *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”⁴⁷, 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*⁴⁸.

Dal punto di vista delle disposizioni costituzionali il testo del 1992⁴⁹ - 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-

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

⁴⁸ Con la Ley 234/93.

⁴⁹ 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’esplicito 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 politiche 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 Porâ 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 (Garantias Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

La Corte, con sentenza del 29 marzo 2006,⁵⁰ 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 2005⁵¹, ha disposto a favore della Comunità *Yakye Axa*.

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

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

⁵¹ 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 - INAI⁵².

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 risarcimento⁵³ 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

⁵² 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.

⁵³ Sono stati versati 60.000 guaraní 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 benevolo⁵⁴.

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"⁵⁵. 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 riconoscerli il possesso delle terre su cui "abitavano permanentemente", indicandoli come "silvícolas" e non occupandosi della tutela della loro cultura e vita sociale⁵⁶.

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 esito⁵⁷.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ M. G. LOSANO, *I territori degli indios*, cit., p. 89.

⁵⁶ "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).

⁵⁷ *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 sociale⁵⁸.

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 Índio⁵⁹ - 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

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

⁵⁹ 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 territorio⁶⁰. 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-

⁶⁰ Pari a 734.127 individui su 180 milioni di abitanti complessivi del Brasile, che ha un’estensione di 8.514.215 Km². IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demografico de 2000, tratto da IWGIA, *El mundo Indígena*, 2007, p. 201. Si ricorda che l’Istituto 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”⁶¹.

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”⁶².

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*⁶³. Lo scarso livello di riconoscimento dei

⁶¹ 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.

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

⁶³ 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 *Alacalufe/Kawéskar*, *Atacamenò/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 diritti⁶⁴.

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'Instituto 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*⁶⁵ 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-

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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”⁶⁶. A ciò si aggiunse il Código de Aguas⁶⁷ 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*⁶⁸ - 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-

⁶⁶ 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.

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

⁶⁸ Per la *Ley Indígena* si veda il sito 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 Comisión⁶⁹, 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 odierno⁷⁰

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

⁶⁹ 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 étnica 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.).

⁷⁰ 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 terra⁷¹, 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 comunità⁷². 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"⁷³ 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 fondamentali⁷⁴. Infine, nei confronti di alcuni

⁷¹ 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.

⁷² Ad esempio, per favorire lo sfruttamento dei giacimenti minerari nel nord del paese in aree abitate da comunità indigene (*Aymara, Quechua, Lickanataj, 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.

⁷³ Sentenza indicata da J. AYLWIN O., *Implementación de legislación*. Cit.

⁷⁴ *Human Rights Watch e Observatorio de Derechos de los Pueblos Indigenas* (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 SEGUEL, *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*)⁷⁵, 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”⁷⁶.

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 victimas 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’inconstituzionalità 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 consituye 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”⁷⁷.

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

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

PARTE II

ASPETTI ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI

LO INDÍGENA EN URUGUAY: DESDE LA CREACIÓN DEL ESTADO NACIÓN HASTA LA ACTUALIDAD

Carmen Curbelo¹

SUMARIO: 1. Hegemonía vs. Resistencia = Conflicto. - 2. 100 años; De diferencia?. - 3. No hay diferencias. - 4. Las responsabilidades. - 5. Entonces ... ¿Donde está “lo Indígena” en Uruguay?. - 6. No hay conclusiones.

“...La condición para que la igualdad /social/ se pueda realizar es que la diversidad sea reconocida como riqueza y no como instrumento u ocasión para el estigma de unos y la exaltación de otros.”

(Díaz-Polanco, 2006)

1. Hegemonía vs. Resistencia = Conflicto

La sociedad occidental ha tenido, desde la llegada de los europeos al continente americano, diferentes actitudes frente a los aborígenes. Entre ellas el cuestionamiento de su humanidad, pasando por la teoría del “Buen Salvaje”, su uso indiscriminado como mano de obra bajo la figura de la encomienda y las numerosas reducciones para catequizarlos. También el exterminio directo para dejar libres las tierras que debían pasar a manos privadas, y muchas otras formas de sojuzgamiento, forman parte de la colonización de América por parte de los imperios europeos. Las formas de relacionamiento dependieron en mucho, de las pautas culturales de los grupos. Donde más sedentarios, con economías agrícolas y organizaciones sociales estratificadas más eficazmente se insertaron los modos de la cultura occidental. Sin embargo, la intención de “civilizar” a los grupos de cazadores recolectores pescadores nómadas –en adelante cazadores-, por parte de los conquistadores resultó más difícil porque no habían puntos de contacto entre las culturas. No se “civilizaban” fácilmente. Ese fue el caso de la mayor parte de los grupos que habitaban la Cuenca del Río de la Plata: su presencia y su modo de vida obstaculizaban la ambición sobre la apropiación de la tierra y los ganados, la riqueza que justificó tardíamente colonizar la región (Barrios Pintos, s/d; 1967; Sala y Alonso, 1986).

¹ Departamento de Arqueología, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad de la República. Montevideo, Uruguay. carmencurbelo@gmail.com

La presencia del indígena cazador durante la época colonial formó parte de un frente que debía ser combatido para alejarlos de los territorios ambicionados. Por su parte, dichos grupos –Minuanes o Guenoas (Bracco, 1998), Charrúas, Yaros- interactuaban con los diferentes grupos de conquistadores –portugueses o españoles- siguiendo sus propias conveniencias. Tales estaban basadas en la obtención de aquellos elementos introducidos por los europeos que modificaron y se hicieron imprescindibles en sus sistemas socioculturales: caballo, artefactos de metal, juegos (naipes), bebidas alcohólicas, yerba y tabaco, así como algunas prendas de vestir (Padrón, 2004).

El cazador fue perseguido, estigmatizado y exterminado frecuentemente en diversas ocasiones. Molestaba a los afanes de apropiación de la tierra y el ganado porque su forma de vida necesitaba de amplios territorios de caza y recolección, aún siendo demográficamente inferiores con respecto al grupo occidental. El estrechamiento de sus áreas de captura y la privatización de los ganados y tierras los convirtió en “ladrones” y su comportamiento con respecto a los blancos los marcó como enemigos salvajes a los que había que combatir.

Durante el período revolucionario los indígenas nómadas formaron parte de las partidas militares, cumpliendo funciones de apoyo más que de responsabilidad decisiva a la hora de los combates. No eran confiables: siempre fueron vistos como diferentes de la sociedad criolla (Padrón, 2004).

Otro fue el papel de los indígenas provenientes de las Misiones Jesuíticas. Su presencia desde épocas tempranas en el territorio como “reducidos” y más “civilizados”, así como la gran reserva de mano de obra que constituían las misiones, los hacían cercanos y confiables para la sociedad occidental. En este sentido fueron utilizados para fundar ciudades, levantar fortificaciones, como brazo armado en las guerras. De todas formas, ni aquellos ni éstos recibieron trato diferente a la hora de integrarlos a la sociedad criolla: ambos formaban parte de los indígenas, y por lo tanto se consideraban diferentes, inferiores e indignos de ser incorporados de igual a igual.

A partir de 1830 comenzó la etapa republicana en Uruguay. La formación del estado-nación surgió reproduciendo y continuando el modelo colonial: una sociedad hegemónica identificada con los valores occidentales. Entonces, se crearon los símbolos patrios que refuerzan la identidad –escudo y bandera- se construyó el concepto de patria y se reforzaron los espacios para la consolidación de las fronteras políticas. Se impuso una lengua homogénea continuando el castellano del conquistador español. Sin embargo, el guaraní se hablaba masivamente en las áreas rurales del territorio y recién se perdió hacia el último tercio del siglo XIX (González Risotto y Rodríguez, 1982; Curbelo y Bracco, 2006).

El surgimiento de la República trajo como consecuencia la expansión de la propiedad privada sobre la tierra. El nuevo estado requería de propiedades estables y lo que justamente “no necesitaba” son indígenas que no se ajusten a las reglas impuestas. De esta

voluntad se desprende la matanza de Salsipuedes en 1831. Entonces se desmembraron varios cacicazgos dando muerte a muchos de los caciques y repartiendo los niños y las mujeres en diferentes ciudades (vide Acosta y Lara, 1989; Padrón, 1997). Tal vez no haya sido el principal genocidio porque éste había comenzado siglos atrás; para entonces los nómadas que aún subsistían debían ser muchos menos que los que había al tiempo de la llegada de los europeos. Aún después del episodio de Salsipuedes permanecieron algunos cacicazgos. La desaparición del último de ellos en territorio uruguayo ocurrió en la década de 1860 con la muerte de Sepé y la leva de sus hijos varones para participar en la Guerra de la Triple Alianza, terminando así con la reproducción social de la etnia.

Paradójicamente, en 1864 el último grupo de indígenas misioneros ubicado en el desaparecido pueblo de San Francisco de Borja del Yí fue desalojado por la fuerza y obligado a dispersarse, rompiendo así la continuidad de su reproducción social (Padrón, 1996; Curbelo y Padrón, 2001). En la misma década, los dos grandes grupos culturales vinculados al territorio nacional -lo que restaba de ellos- fueron obligados a desaparecer como tales. Los últimos nucleamientos cohesionados de indígenas vinculados con cazadores nómadas y con indígenas misioneros desaparecen cuasi simultáneamente. Uruguay pasó a ser un país “sin indios”.

Durante el período colonial, retomadas luego durante el período nacional, encontramos varias percepciones del indígena desde la sociedad occidentalizada. Una posición lo ve desde el punto de vista roussoniano como bueno, primario y puro. No debería cambiársele nada, tendría que continuar su vida “salvaje” en contacto directo con la naturaleza lejos de la sociedad occidental ya muy envilecida y llena de defectos. Esta visión justifica la intervención de las órdenes religiosas con el objetivo de “civilizar” a estos seres débiles e inocentes que deben ser “cuidados” y evangelizados, único modo de aproximarlos a la occidentalización. Por otra parte, desde las elites económico políticas, el indígena es un impedimento para el avance del sistema de propiedad privada sobre la tierra. Sin demasiada elucubración, es claro que para cualquiera de las posiciones es el “otro” sin solución de continuidad con la sociedad occidental.

El estado nación continúa la visión etnocentrista colonial y desde el punto de vista económico los indígenas siguen formando parte de los grupos sociales más sumergidos. Al decir de López Mazz “Como en el resto de Latinoamérica el proceso fue la progresiva transformación de etnia en clase social” (1992:169).

Hacia las últimas décadas del siglo XIX comienza en Uruguay la curiosidad por el pasado prehistórico del territorio. Tal ocurrió como consecuencia del surgimiento de los estudios de materiales prehistóricos en Europa, estrechamente ligados a la fundamentación de nacionalismos, el pensamiento positivista y el surgimiento de la elite académica y de la burguesía asociados al empuje de la tecnología industrial. A pocos años de la obligada desaparición de los últimos grupos indígenas que habían tenido relativa importancia para la

construcción del estado nación (López Mazz, 1992:168) paradójicamente comienza la preocupación por recuperar su existencia a partir de las evidencias arqueológicas.

Con criterios evolucionistas y una lectura no siempre crítica de las fuentes provenientes de la conquista comienzan a buscarse y clasificarse materiales arqueológicos de superficie asociándolos exclusivamente a los grupos conocidos y mencionados por los colonizadores –Charrúas, Mínuanes o Guenoas y Yaros- (Figueiras, 1892; Sierra y Sierra 1909, 1922. Vide además Cabrera 1988; Cabrera y Curbelo, 1992; Curbelo, 2004; López Mazz, 1992; López Mazz y Bracco, 1989).

Se redujo el tiempo prehistórico de 10.000 años reales a 400 años documentados por las crónicas, de indígenas que se clasificaron como salvajes, por oposición a la cultura occidental que era lo civilizado.

El resultado de este enfoque es que el conocimiento de la prehistoria y de los indígenas del territorio no formaron parte del imaginario para el afianzamiento del estado nación: no eran civilizados ni al estilo occidental ni al de las altas culturas americanas: no tenían palacios, no construían casas, no trabajaban metales preciosos, no tenían un sistema político reconocido, no preparaban alimentos complejos, no plantaban... Por lo tanto, no aportaban a los valores occidentales y no se tomaron en cuenta.

Ya a fines del siglo XIX, con el empuje del movimiento Romántico, la necesidad de recuperar elementos identitarios locales que aunaran la amalgama inmigratoria, y, a partir de una lectura parcial de los documentos escritos, los indígenas pasan a ser víctimas idealizadas, y son recuperables para la “identidad” del estado nación a partir de su valentía, la lucha hasta la muerte para defender la libertad. Héroes contruidos, comportamientos inventados; la historia coyuntural oficial se esmera en recuperar/construir todas las historias/mitos de defensa de la libertad y el territorio posibles: surge la “garra charrúa” (Cabrera y Curbelo, 1992; López Mazz, 1992; Porzecansky, 1992; 2000; Porzecansky et al., 2002). La paradoja es que ni los charrúas eran “uruguayos” porque no son originarios de la región que ocupa el actual territorio nacional (Acosta y Lara, 1989; Bracco, 1998; 2004) y la actitud del nuevo estado para con ellos continuó orientada hacia la interrupción de su reproducción social, de ninguna manera hacia la integración, que además ya estaba claro era imposible. Los hechos de sangre abarcaban tanto a un grupo como al otro en sucesión continuada respondiendo a la coyuntura de diferentes intereses y modos de producción, incompatibles de una parte y de la otra. La sociedad occidental, tecnológica y demográficamente superior es la que decide la suerte del grupo minoritario: cuanto menos interfieran con el orden propuesto mejor será.

Así, a pocos años de interrumpida la reproducción social del último grupo charrúa - muerte de Sepé, último cacique charrúa, y su grupo en Tacuarembó- algunos actores sociales comienzan a buscarlos en el pasado y surge el mito acorde a un imaginario nacionalista e identitario: la “garra charrúa”. El resto de las etnias vinculadas con el territorio quedan en el olvido.

2. 100 años ¿De diferencia?

1892, a cuatrocientos años de la llegada de los europeos a América se presenta en España un conjunto de materiales líticos representativos de los indígenas del Uruguay clasificados según las líneas de pensamiento en la época: evolucionistas, positivistas, humanistas buscando lo indígena en las crónicas y en los materiales culturales arqueológicos, pero totalmente apartados de la realidad de “lo indígena” humano, recientemente desaparecidos como grupo en el país (Figueiras, 1892).

A lo largo de buena parte del siglo XX nuestra enseñanza institucional, historiadores, academia aficionada a la prehistoria y una sociedad conformada por un importante número de inmigrantes campesinos, sobre todo italianos y españoles, repitió y quiso reflejarse en un modelo “civilizado”, europeizante por contraste al resto de América del Sur. Los indígenas “uruguayos” eran salvajes, no hicieron templos, ni casas, ni tuvieron tesoros. “Por suerte” no teníamos indios y eso hacía diferente y “mejor”, “más civilizado” a Uruguay con respecto al resto de América del Sur –el clímax del imaginario: éramos la Suiza de América- (Verdesio, 1996). El lugar del indígena en el pasado de la república estaba más a la altura de una curiosidad y de la épica romántica de una valentía idealizada por los parámetros occidentales que del verdadero proceso histórico y de los comportamientos de los sistemas socioculturales que se pretendía idealizar.

1992 - Quinientos años después, de la modernidad a la post modernidad. Los contextos sociopolíticos han cambiado y el interés y la mirada hacia lo indígena también. Surgen nuevos grupos sociales interesados en la temática. La Arqueología ya es una disciplina académica en Uruguay. El Quinto Centenario de la llegada de los europeos a América genera una nueva efervescencia social que ya se venía preparando en la década anterior. Desde la academia, las disciplinas sociales, sobre todo historia y antropología comienzan a aproximarse a los procesos históricos del territorio desde una nueva perspectiva. Esa perspectiva procura hacer visibles a todos los grupos humanos aborígenes a partir de enfoques que podríamos llamar en forma genérica emic, por contraposición a la visión anterior, considerada altamente estereotipada y prejuiciosa. Por otra parte, surgen los movimientos indigenistas que reivindican con exacerbación a los indígenas “uruguayos”, dirigidos fundamentalmente a lo Charrúa (López Mazz, 1994). Todos buscando reconocernos en un pasado americano común, frente al conquistador y hacia una nueva construcción o reconstrucción de la identidad nacional (López Mazz, 1992; Porzecansky et al., 2002).

Desde la investigación histórica, se busca recuperar el verdadero lugar de la presencia indígena a nivel de su interacción con los grupos europeos, desarrollándose una importante línea de investigación en la joven disciplina de Etnohistoria. Paralelamente, surgen resultados que demuestran la presencia e incidencia de las diferentes etnias en el mestizaje de nuestra población. A partir del trabajo pionero de

Rodolfo González Risotto y Susana Rodríguez (1982) comienza a dibujarse una presencia indígena que si bien era conocida, se perdía en la confusión de “indios” del territorio. Desde el conocimiento más profundo de los procesos históricos ocurridos en la región, aparece resaltando la importancia demográfica que tuvieron los indígenas procedentes de las Misiones Jesuíticas del Paraguay y la posibilidad de su mayoritario aporte para el mestizaje de nuestra población (*vide entre otros* Acosta y Lara, 2002; Barreto, 2001a; 2001b; Bracco, 1992, 2004; Cabrera, 1983; 1989b; 1992; 1999; Cabrera y Barreto, 1997; Cabrera y Curbelo, 1988; Curbelo y Bracco, 2005; 2006; Padrón, 1986a; 1986b; 1987a; 1987b; 1996; 2000; 2004; González Risotto y Rodríguez, 1990; 1991; 1992; Pi Hugarte, 1999a) Se editan y reeditan grandes obras de síntesis que repiten los viejos modelos difusionistas sin incorporar los nuevos conocimientos producidos por la arqueología y la moderna antropología (Barrios Pintos, 1991; Pi Hugarte, 1999b; Vidart, 1997; 1999).

La Arqueología antropológica surge en Uruguay a partir de la segunda mitad de la década de 1980 (Cabrera, 1988; Curbelo, 2004; López Mazz, 1989). Retomando lo ya iniciado por el ejercicio de la arqueología anterior (Centro de Estudios Arqueológicos, 1987), recupera y sobre todo se preocupa por difundir masivamente, la profundidad de la prehistoria y los nuevos conocimientos y ordenamiento de los comportamientos culturales de los grupos indígenas del territorio –surgen los cazadores recolectores, horticultores, etc.- (López Mazz y Bracco, 1989). Se propone enmendar el error iniciado cien años atrás por el que la prehistoria, y por extensión, la historia de cualquier presencia humana en el actual territorio uruguayo comenzaba con la llegada de los europeos. Despeja la relatividad del tiempo y del conocimiento que les corresponde a los grupos indígenas que interactuaron con los conquistadores en relación con el tiempo de ocupación total del territorio (Cabrera, 1992; 1994). A la intensiva y extensiva investigación arqueológica se suman estrategias para medir el conocimiento popular acerca de nuestra prehistoria (Consens et al., 1987; Domingo et al., 1987; Erchini et al., 2004) y discusiones y trabajos puntuales para extender los conocimientos a nivel social a través de diferentes medios masivos (Cabrera, 1989a; Castiñeira et al., 1995; Cavellini, 1994; 1995; 2001; Consens, 1986; Consens y Rodríguez, 2001; Curbelo y Onega, 2004; Curbelo et al., 1987; Di Leone, 2001; Fusco, 1989; Giancotti, 1986; Martínez et al., 1989; Toscano y Cannella, 1987; Wilder, 1987). Asimismo, toda investigación de campo tiende a ser acompañada sistemáticamente de tareas de extensión en la población local.

Desde la Antropología Biológica se inician estudios de población para reconocer frecuencias de descendientes de indígenas, a partir de marcadores físicos y de técnicas de entrevista, en poblaciones actuales y relevamiento de archivos (Barreto, 2001; Pollero, 1990; Pollero y Sans, 1991; Sans, 1991; Sans (comp.), 1994; Sans et al., 1986)

Fuera de la academia surgen los Movimientos Indigenistas. Agrupados en

Asociaciones Civiles o Grupos Indigenistas² (Bassini, 2003) reivindican los derechos de los indígenas como grupo sin voz y marginado por la sociedad occidental. Solo se refieren a los Charrúas. El peso del conocimiento se encuentra en una nueva y peculiar interpretación de los registros escritos y orales y en la búsqueda y agrupamiento de descendientes que materializan los reclamos y las reivindicaciones. Las pruebas son más simbólicas que materiales. Se trata de iniciativas particulares o grupales que generan un revisionismo histórico con críticas anacrónicas y alta manipulación de la información documental generando contenidos alejados de lo que produce el conocimiento académico. Desconfían de éste practicando una suerte de pseudociencia (López Mazz, 1992). Recurren, como forma de hacerse oír, a diversas formas de medios de comunicación: periodismo, libros, sitios WEB (Abella, 2001; Antón, 1994; 1995; 1998; Antón e Izquierdo (eds.), 1996; Maggi, 1991; Porley, 1997; 1998). El grupo Charrúa se ve como el *súmmum* de la presencia y esencia indígenas en el territorio. Ahora más que nunca fueron valientes, “patriotas”, perseguidos, despojados, aniquilados, traicionados y exterminados, murieron en aras de su libertad y de la defensa de un dudosamente mal interpretado nacionalismo.

3. *No hay diferencias...*

Antropología y Arqueología, disciplinas sociales nuevas en la academia uruguaya acompañan los cambios pendulares del conocimiento científico occidental. Primero evolucionista, positivista y humanista, ahora se suman enfoques críticos e interpretativos haciéndolo mucho más diversificado a nivel filosófico. El objetivo es el mismo: conocer el proceso del poblamiento prehistórico del territorio y la interrelación de los indígenas con la sociedad occidental.

Los indigenistas aparecen recientemente en la sociedad. Surgen a la luz de los movimientos reivindicativos post modernos. De principios evolucionistas unilineales ortodoxos, interpretativos y continuadores de la búsqueda de símbolos que sustenten la identidad del estado-nación; sobre la base de la aceptación de la diversidad pero solo plasmada en el grupo Charrúa. El único pasible de ser reivindicado y representante de la identidad nacional a expensas de cualquier otro grupo indígena. Otro tipo de etnocentrismo.

El sistema político carece de políticas culturales fuera de las estándar que inducen al reforzamiento del estado nación (Historia Nacional en los programas educativos). Durante un siglo los indígenas apenas existieron en ellas estereotipados como salvajes. A partir de los nuevos enfoques que dejan ver la academia y los movimientos indigenistas comienzan

² Para una aproximación más detallada al funcionamiento, organización y composición del Movimiento Indigenista el Dr. José Exequiel Bassini Rodríguez desarrolla in extenso la temática en su Tesis Doctoral: *Indios num país sem índios: a estética do desaparecimento. Um estudo sobre imagens índias e versões étnicas no Uruguai*. 2003. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Porto Alegre.

a tener un errático y débil lugar en los textos escolares y liceales (Galiana et. Al., 1993; Caetano et. Al., 1994; Caticha et. Al., 1997; Caticha et al., 2001).

El comportamiento de las autoridades gubernamentales de turno oscila, sin criterios fundamentados más que las preferencias personales, voluntaristas y acrílicas, generalmente más asociadas a los “mandos medios” y a la burocracia (López Mazz, 1992) alrededor de los picos de interés y mayor visibilidad social que presente cualquiera de los grupos que manejan “lo indígena”. Indistintamente se pronuncian a favor de uno u otro, o de ambos al mismo tiempo. Véase por ejemplo, la actitud gubernamental de idas y venidas con respecto a dar el permiso a la Universidad de la República para realizar análisis de ADN sobre los restos esqueléticos repatriados de Vaimaca Perú, un indígena de la etnia charrúa, provenientes del Museo del Hombre en Francia. La negativa inicial y el consentimiento casi inmediato posterior sobre un mismo tema.

(<http://www.larepublica.com.uy/larepublica/2004/05/22/comunidad/142214/prohiben-estudios-cientificos-en-restos-de-vaimaca-peru-ultimo-cacique-charrua/>)

(<http://www.presidencia.gub.uy/noticias/archivo/2004/diciembre/2004122202.htm>)

Vide además (<http://www.fhuce.edu.uy/antrop/cursos/abiol/vaimaca.html>).

4. Las responsabilidades...

Entre los problemas sin solución tenemos una academia que no logra trabajos de síntesis y publicaciones masivas. También una política de estado sin planes culturales y por tanto, azarosa en sus decisiones. Además, una resistencia que defiende el etnocentrismo entre grupos indígenas y un nacionalismo peligrosamente fundamentalista a costa de lo que “realmente” dicen los documentos históricos (*vide* Padrón, 2004, Bracco, 1998, 2004). Estos factores se añan en un punto: “lo indígena” continúa siendo invisible, permanece desconocido y desdibujado a nivel social general. Sin embargo, a nivel individual, lo indígena aparece frecuentemente en la certeza de aquellos habitantes del territorio que por tradición familiar sabemos de la existencia de un antepasado aborígen, a veces perteneciente a una etnia conocida y muchas más, indígena a secas. Y más habitualmente se trata de *una* ascendiente.

La academia alimentó, en líneas generales y a lo largo de casi todo el período republicano, la indiferencia hacia lo indígena de una historia nacional que se vuelca a la enseñanza institucional, al servicio de una ideología partidaria cuyo interés está marcado por lo fáctico y el destaque de figuras heroicas o políticas fundamentalmente del período independentista (López Mazz, 1992:167). Se suma a ello, los prejuicios de una postura decimonónica que contrapone lo salvaje con lo civilizado, dando por sentado que lo primero puede ser perfectamente ignorado frente a lo desarrollado de lo segundo. Así, lo indígena no llega a incorporarse como parte real de los procesos históricos, ni siquiera cuando a partir de la década del '80 diversos historiadores y arqueólogos comenzaron a demostrar su rol en nues-

tro territorio, antes y después de la colonización (vide citas pp. 6 en este trabajo). Se ha negado por omisión, la verdadera presencia de lo aborigen en nuestros procesos históricos y culturales: tanto de los cazadores recolectores como de los indígenas misioneros.

El movimiento indigenista crea la dicotomía. Surge en el marco de los empujes de reivindicación generados alrededor del Quinto Centenario (López Mazz, 1992:167) contextualizado en la reestructuración social y surgimiento de nuevos actores e ideologías, vinculados al quiebre de imaginarios provocados por la dictadura y su finalización en el país (Porzecansky, 1992).

Contribuyó también el fuerte etnocentrismo manejado hasta el momento con respecto a los grupos indígenas en Uruguay. También la incapacidad de comunicación masiva de resultados por la academia. Asimismo, esos resultados no han sido llevados a los currículos de estudio por parte de las autoridades competentes. Todo ello dejó espacio para la invención de unos indígenas perfectos –que solo pueden ser los Charrúas-. En otro sentido, pero también aquí, se desconocen los procesos históricos y los conocimientos antropológicos sobre los comportamientos de los grupos. El indígena adquiere presencia a costa de la reinención del único grupo asociado a la identidad nacional, al que se pretende además como único ascendiente de la población mestiza uruguaya.

Desde nuestro punto de vista, estamos ante una imposible paradoja: se mezclan en el imaginario, y engrosan el discurso, los mismos criterios occidentales etnocéntricos que se quiere combatir. Se pretende que los Charrúas no sean cazadores recolectores –porque eso es “inferior”- y se les inventan comportamientos culturales “más civilizados”, esto es, agricultura, construcción de monumentos, que luego habrían “perdido” como consecuencia de la conquista (Abella, 2001; Maggi, 1991; Porley, 1997; 1998). O aún, que todos los documentos existentes, como producidos por occidentales, mienten. Se les atribuyen sentimientos de patriotismo en relación con el héroe uruguayo principal, el Gral. José Artigas, cargándole a éste a su vez, un relacionamiento ideal con los indígenas que no acuerda con los contextos socioculturales de la época (*vide* crítica de Padrón, 2004 a Maggi, 1991). Por último, se manejan reminiscencias del “buen salvaje” roussoniano pretendiendo que los grupos indígenas no tenían rivalidad entre ellos, y que ella existe solo como una interpretación errónea de los conquistadores. Estas propuestas adquieren el carácter de dogma, en la medida que son verdades indiscutibles, porque surgen de la mala manipulación de la documentación escrita no contrastable con lo que producen los profesionales en el tema.

La base de los enunciados indigenistas está afincada en un proceso de creación identitario nacionalista: construido a partir de la emulación de comportamientos inventados-bailes, parentescos, costumbres, sentimientos, tecnologías, actividades simbólicas, vestimentas, etc.-, del manejo de una lengua muerta y de la que muy pocos vocablos se conocen (Perea y Alonso, 1939; Vilardebó, 1963) y la cual se pretende casi enteramente cono-

cida. En suma, el indígena resultante es una construcción que se mueve entre la realidad y la imaginación de un deber ser, identitariamente más representativo. Claramente no responde al fragmento de realidad que nos han dejado entrever los datos documentales existentes y es un conocimiento detentado por algunos actores sociales que se agrupan en Asociaciones.

Llegados a esta altura del análisis de “lo indígena” en el Uruguay, el panorama es claro: ninguno de los tres grupos mencionados –academia, autoridades gubernamentales, indigenistas– escucha, en el sentido de detenerse a oír y reflexionar, al otro y no representa más que a los segmentos que ellos mismos retroalimentan de la sociedad.

5. Entonces... ¿Dónde está “lo Indígena” en Uruguay?

“...cada vez que enfrentemos desacuerdos, o al menos el pluralismo de convicciones diversas, siempre estaremos a la búsqueda de una resolución futura.”

La filosofía en una época de terror. Diálogos con JÜRGEN HABERMAS y JACQUES DERRIDA. (Borradori, 2004)

¿Identidad o identificación?

Nos queremos detener brevemente, porque no es objetivo principal de este trabajo, en una reflexión sobre el significado de “lo indígena” en la sociedad uruguaya desde su lugar en la identidad.

Ya hemos visto que a la construcción de la identidad del estado nación, fuertemente occidentalizada, se incorporó la valentía del indígena; la romántica defensa de su tierra y su cultura que se sincretiza en la “garra charrúa”: concepto occidental con nombre indígena. Este sentimiento formó y forma parte esencial de la identidad uruguaya. Nos identifica como pocas cosas más.

Siguiendo a Díaz-Polanco (2006), las nuevas condiciones globalizadoras que avanzan desde las últimas décadas del siglo XX han dado lugar a dos reacciones diferentes. Por un lado, los mecanismos de reforzamiento sociales en torno a *comunidades*, afianzando fronteras y a veces, creando mecanismos de mantención y reproducción de grupo. Por otro lado, respuestas que buscan sobre todo, una salida a la “creciente individualización y fragmentación /impuestas por la globalización/ que destruye los tradicionales tejidos comunitarios, una fuerza que hunde a sus miembros en una anomia insoportable” (Díaz-Polanco, 2006:15). Esta búsqueda propende a la creación de nuevas comunidades para resolver los desafíos de la globalización: “incertidumbre, precariedad, exclusión de los circuitos laborales, aislamiento, ansiedad y sensación de vacío” (Díaz-Polanco, 2006:16). Siguiendo al mismo autor en su reformulación de Bauman (2001) encontramos que en el movimiento indigenista uruguayo, más que frente a una creación de *identidad*, estamos frente a una de *identificación*.

La identidad tiene una lógica propia y responde a la voz ancestral de la comunidad pudiendo convertirse en un desafío para el mecanismo globalizador. La identificación en cambio, surge como “un sucedáneo de lo colectivo, regularmente inocuo para el sistema globalizante e individualizador” (Díaz-Polanco, 2006:21). Continuamos la idea transcribiendo un párrafo del citado autor donde, en nuestra opinión, están contenidas las características que definen al movimiento indigenista en Uruguay.

“Al no superar la individualización, la identificación crea la ilusión de una comunidad salvadora; o si se quiere: crea una “comunidad” en el marco de la lógica global o ya globalizada para cualquier efecto. El sistema globalizado proporciona los elementos y las condiciones que hacen posible esa “comunidad”. De hecho, los que tejen la identificación, están realmente subsumidos en la lógica globalizadora de la que quieren escapar y la alimentan”. (...)

“La identidad cosmopolita que emerge de ello resulta, en verdad, una máscara de la individualización” (Díaz-Polanco, 2006:21).

Las diferentes agrupaciones de indigenistas presentan una importante heterogeneidad en su interior: indios (mbyá), no indios, descendientes de indios. Cada uno de esos grupos, debido a sus diversos contextos socioculturales, se apropia de forma diferente de su historia. Esta situación produce un abanico de principios y propuestas que difieren en la construcción y consideración de lo indígena inter grupalmente y en relación con el resto de la sociedad nacional (Bassini, 2003:281).

El principio básico y común a todos es la reivindicación de “lo indígena” como punto de partida, pero, siguiendo la idea ya citada de Díaz-Polanco, podemos arriesgar que en realidad no nos encontramos frente a un proceso de construcción de identidad, sino de varios procesos de *identificación* que utilizan idénticos mecanismos que la globalización para su construcción y continuidad –elitismo y jerarquías en lo local representado en lo regional, propiedad del conocimiento, entre otras-.

No hay reproducción social sin intersubjetividad lingüística (Habermas, 1987). Ni los indigenistas podrán revivir a los grupos que pretenden reconstruir, ni su real presencia e importancia en los procesos históricos será suficientemente apropiada por la sociedad mientras no se encuentren los canales de comunicación efectivos –intersubjetivamente inteligibles- entre todos los grupos productores de conocimiento y entre ellos y la sociedad. Y queremos subrayar este concepto. Ninguno de los grupos ha logrado que la sociedad se apropie de estos nuevos pasados que le están ofreciendo: por un lado, un indígena más real, con comportamientos humanos contrastados contra registros escritos y orales y, por otro, un indígena ideal con comportamientos inventados, contrastados contra sentimientos e ideología.

La reivindicación de los aborígenes es el objetivo común. Las dos se empeñan en desplazar la imagen que forma parte indiscutible de la identidad uruguaya: el indio salvaje,

inferior y por suerte desaparecido, cuyo único valor fue concentrado en el concepto “garra charrúa”. Hay a nuestro juicio, sin embargo, un elemento que aparece desdibujado, la conexión del pasado con el presente. No aparece explícitamente asumido ni declarado, salvo en lo que tiene que ver con la bandera de propiedad de la tierra, o una historia “más verdadera”, que los descendientes de indígenas continúan formando parte mayoritaria de los sectores más empobrecidos de la sociedad porque allí fueron relegados antes (Padrón, 2001).

Los tres grupos involucrados con la producción de conocimiento y su socialización deberán, a nuestro criterio, recurrir a las responsabilidades sociales que les caben y caminar para poner en marcha la acción comunicativa (sensu Habermas, 1987), entre sí y entre ellos y la sociedad. La realidad actual es consecuencia de los procesos históricos, su cambio pasa justamente por comprender esos procesos y a todos sus actores; redefinir las posturas fundamentalistas y generar el diálogo que permita una aproximación más ajustada a la realidad indígena pasada pero también actual del territorio.

La visión post moderna de lo indígena en Uruguay está conformada por ahora por una polifonía ininteligible en conjunto. La sociedad receptora no ha logrado hasta el momento apropiarse de sus procesos históricos vinculados a los grupos aborígenes. A su vez, en su seno existen muchos actores cuya vinculación con lo indígena se pierde porque quedan fuera de los grupos que se arrojan el manejo del tema. Pero esto no significa fracaso, al contrario, retomamos nuestro acápite “...cada vez que enfrentemos desacuerdos, o al menos el pluralismo de convicciones diversas, siempre estaremos a la búsqueda de una resolución futura” (Borradori, 2004). Luego de las radicalizaciones sordas está llegando el diálogo. Hacia él se encaminan individuos de los diferentes grupos, rompiendo las fronteras creadas y, en la medida que los diferentes tipos de producción de conocimiento lo permitan, armonizar las posiciones que deben sobrepasar el individualismo para ir hacia lo social. Nosotros defendemos además, que la apropiación social de los procesos históricos en toda su complejidad –material y simbólica– es un tema que aporta más a lo regional que a los estados nacionales.

Desde la Academia la Historia, la Arqueología, y la Antropología Biológica han generado nuevos aportes: a la profundidad temporal de la prehistoria, a los comportamientos culturales de los grupos que solo se identificaban por su nombre histórico; al reconocimiento de las altas tasas de mestizaje; a la interacción entre los grupos indígenas y entre cada uno de ellos y la sociedad occidental. La mayor carencia: la academia aún no ha logrado oír a la sociedad ni hacerse oír por ella debido a dificultades de extensión propias y de la casuística de las políticas culturales. Faltan trabajos de síntesis y difusión masivos así como su inclusión en los currículos de los planes de enseñanza.

Los grupos que se reconocen como indigenistas reivindican lo indígena a partir exclusivamente de lo Charrúa. Su aporte positivo es la generación de nuevos debates que han sacudido de sus pedestales a los grupos tradicionalmente productores de conocimiento. Producen literatura de difusión y nucleamiento de individuos: descendientes y no des-

endientes (Bassini, 2003). Finalmente se diluye en un conocimiento para iniciados, altamente idealizado, etnocéntrico a la interna de “lo indígena” y de lo occidental, y por lo tanto, no llega a tener mayor alcance en la sociedad. Sin embargo, como producto de un grupo social que está al margen de las elites intelectuales alcanza rápidos y mayores niveles de credibilidad en algunos estratos de una sociedad deseosa de identificarse con valores propios, no importados, estrechamente relacionados con lo americano por oposición a cualquier tipo de imperialismo.

Los actores políticos y encargados de la difusión acompañan los diferentes movimientos reivindicatorios y surgimiento de datos, acriticamente, con el mismo ímpetu para unos y otros lo cual colabora en el desconcierto y desconocimiento generales.

6. *No hay conclusiones*

Como consecuencia de una política socio económica de corte capitalista y la necesidad de reforzar una sociedad homogénea “civilizada” occidental que sustente la identidad del estado nación, Uruguay se ha mostrado tradicionalmente orgulloso de “no tener indios” y de que su población sea “descendida de los barcos” (Ribeiro, 1975).

Sin embargo, la realidad sociocultural, sobre todo, pero no únicamente, en el área norte del país; la documentación relativa a partidas de bautismo desde fines del siglo XVIII en todo el territorio nacional; la tradición oral; las pruebas biológicas realizadas en algunas comunidades, y la revisión de los procesos históricos de la región, nos muestran una fuerte influencia y ascendencia de aborígenes. Las pruebas son contundentes, señalando hacia los individuos de procedencia misionera, guaraní parlantes, cuyo número y mayor interacción con la sociedad occidental es altamente superior a la de los grupos de cazadores. Estos últimos, si bien interactuaron con todos los grupos, occidentales y misioneros, no eran muy numerosos comparativamente hablando ni habrían llegado a modificar tanto su estructura sociocultural como para insertarse de igual a igual en la sociedad occidental. Sin negar la posibilidad de su cuota parte de aporte genético, por sus características culturales y demográficas nunca pudieron haber igualado la de los conjuntos de individuos provenientes de las Misiones (González Risotto y Rodríguez, 1982; 1990; 1991; 1992; Padrón, 1986a; 1986b; 1987a; 1996; 2000; Cabrera y Curbelo, 1988; Curbelo y Bracco, 2005, 2006).³

Paradójicamente, ambos grupos culturales se aúnan en la penosa situación e idéntica suerte a que los condena la sociedad occidental: la pérdida paulatina y total de su repro-

³ Los procesos históricos y por lo tanto culturales en la región muestran claramente la importante presencia de los individuos indígenas provenientes de las Misiones Jesuíticas del Paraguay. Estos arribaron por lo menos desde que las misiones hacia 1670, comienzan las grandes arreadas de ganado desde el Este del territorio uruguayo. Sus asentamientos sobrepasan el periodo jesuita y se hacen más numerosos y permanentes a partir de 1800 y hasta 1830 cuando cambian las con-

ducción social hacia la segunda mitad del siglo XIX, coyunturalmente ocurrida en el mismo lapso de la década de 1860. Y allí es donde dimos comienzo a esta conferencia: “lo indígena” en Uruguay continúa siendo un tema confuso.

BIBLIOGRAFIA

- ABELLA, G. 2001. *Nuestra raíz Charrúa*. Ed. Betum Sam. Montevideo.
- ACOSTA Y LARA, E. 1989 Salsipuedes 1831. Los Protagonistas. *Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay*. 26:73-104. Montevideo.
- ACOSTA Y LARA, E. 1989. *La guerra de los charrúas en la Banda Oriental*. T.1 Período Colonial y T.2. Período Patrio. Ed. Linardi y Risso. Montevideo.
- ACOSTA Y LARA, E. 2002. *El país charrúa: reposición de trabajos sobre aborígenes del Uruguay*. Ed. Linardi y Risso. Montevideo.
- ANTON, D. e I. IZQUIERDO (eds.) 1996. *Conocimiento sin barreras*. Nordan-comunidad. Ed. Cooperativa Uruguaya. Montevideo.
- ANTON, Danilo, 1994. *Nuestro Uruguay Pirí*. Ed. Rosebud, Montevideo,
- ANTON, D. 1998. *El pueblo jaguar: lucha y sobrevivencia de los charrúas a través del tiempo*. Ed. Piriguazú. Montevideo.
- ANTON, Danilo, 1995. *Pirí Guazú*. Ed. Rosebud, Montevideo.
- ASSUNCAO, F., 1984. Presencia de las Misiones Jesuíticas en territorio uruguayo. Importancia histórica y socio-económica en la formación rural del país. En: *Folia Histórica del Nordeste*, 6:33-58. Instituto de Investigaciones Geohistóricas, Resistencia.
- BARRETO, I. 2001a. Integración étnica y conformación familiar en Villa Soriano. En Caggiano, M.A. (ed.) *Milenio*. Centro de Estudios en Ciencias Sociales y Naturales, Chivilcoy.
- BARRETO, I. 2001b. El sistema de rescates en el Río de la Plata: semejanzas y diferencias. En *Arqueología uruguaya hacia el fin del milenio* 2:197-204. Gráficos del Sur. Montevideo.
- BARRIOS PINTOS, A. s/d. *Historia de la Ganadería en el Uruguay 1574–1971*. Biblioteca Nacional, Montevideo.
- BARRIOS PINTOS, A. 1967. *De las vaquerías al alambrado*. Ed. Nuevo Siglo. Montevideo.

diciones políticas regionales. Miles de individuos se asentaron en el actual territorio uruguayo: 1. huidos de los pueblos misioneros; 2. traídos para construcción de obras militares durante la colonia; 3. reclutados para formar ejércitos durante el periodo colonial, el revolucionario y el independiente; 4. como núcleo poblador inicial de numerosos pueblos hoy ciudades (González Risotto y Rodríguez, 1990). Su lugar en la sociedad está vinculado con el surgimiento del “gaucho” en los estratos más desposeídos en las áreas rurales. Una de las consecuencias es que hacia mediados del siglo XIX el guaraní era la lengua común hablada en las áreas rurales uruguayas, perdiéndose hacia fines del siglo (González Risotto y Rodríguez, 1982).

Esta realidad comenzó a emerger de la investigación académica a partir de la década del '80 y ha adquirido más empuje en años recientes, no por inexistente antes, sino porque el post modernismo y la voz de los grupos sin voz también ha llegado a la academia. Desde allí también surge el cambio en la forma de pensarnos como país en relación con el resto de América, y de rever los procesos históricos que nos han tocado. Entra en conflicto con la reivindicación exclusivamente charruista, y requiere nuevas aproximaciones desde el diálogo (Curbelo y Bracco, 2005; 2006).

- BARRIOS PINTOS, A. 1991. *Los aborígenes del Uruguay*. Ed. Linardi y Risso, Montevideo.
- BASSINI, J. 2003. Indios num país sem índios: a estética do desaparecimento. Um estudo sobre imagens índias e versões étnicas no Uruguai. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Porto Alegre. M/S
- BAUMAN, Z. 2001. *La sociedad individualizada*. Eds. Cátedra, Madrid. Citado por Díaz-Polanco, H. 2006. *El laberinto de la identidad*. Col. La pluralidad cultural en México, (12). Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- BORRADORI, G. 2004. La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida, traducido del inglés por J. J. Botero. Taurus. Buenos Aires.
- BRACCO, D. 2004. *Charrúas, Guenoas y Guaraníes*. Ed. Linardi y Risso. Montevideo.
- BRACCO, D. 1998. *Guenoas*. Ministerio de Educación y Cultura. Imp. Polo Ltda. Montevideo.
- CABRERA, L. 1983. Los repartos indígenas de 1831. *Revista Antropológica* año I, (2):31-34. Montevideo.
- CABRERA, L. 1988. *Panorama retrospectivo y situación actual de la arqueología uruguaya*. Universidad de la República, Facultad de Humanidades y Ciencias. Montevideo.
- CABRERA, L. 1989a. El pasado que negamos... *Anales del VI Encuentro Nacional y IV Regional de Historia*. Pp. 115-117. Montevideo.
- CABRERA, L. 1989b. Los "indios infieles" de la Banda Oriental y su participación en la Guerra Guaranítica. *Revista Estudios Ibero-Americanos* 15(1):215-227. Porto Alegre.
- CABRERA, L. 1992. El indígena y la conquista de la Cuenca de la Laguna Merín. *Ediciones del Quinto Centenario*, Universidad de la República. Montevideo.
- CABRERA, L. 1994. ¿Quiénes habitaron el Uruguay en los últimos 10000 años? Hacia la construcción de un modelo. En *Aportes para el conocimiento de la prehistoria uruguaya* editado por el Ministerio de Educación y Cultura. Pp. 119-131. Montevideo.
- CABRERA, L., 1999. Explotación ganadera guaraní-misionera en el territorio de la Banda Oriental. En: *Actas XII Congreso Nacional de Arqueología Argentina*, (2):155-162. La Plata.
- CABRERA, L. & I. BARRETO 1997. Indios, frontera y hacendados en el sur de la Banda Oriental. En Behares, L. y O. Cures (org.) *Sociedad y Cultura en el Montevideo Colonial*. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – Intendencia de Montevideo, pp. 251-264. Montevideo.
- CABRERA PEREZ, L. & C. CURBELO 1988 Aspectos socio-demográficos de la influencia guaraní en el sur de la antigua Banda Oriental. En *As Missoes Jesuítico-Guaranis: Cultura e Sociedade*, pp.117-142. Santa Rosa.
- CAETANO, G. ET AL. 1994. Libro de texto para Enseñanza Primaria, 6to. Año. Ed. Santillana. Montevideo.
- CASTIÑEIRA, C., M.I. FREGEIRO & S. PINTOS 1995 Taller de arqueología en Secundaria: una experiencia de difusión. En Consens, M., J. López y C. Curbelo (eds.) *Arqueología en el Uruguay: 120 años después*, pp. 366-370. Surcos, Montevideo.
- CATICHA, R., N. DE IÖLSTER, A. DANERI, J. WOSNIAK, O. MANZI, L. LUCHILO, P. SCCAGGIO, A. CELOTTO, L. SOSA, L. CABRERA, 1997. Historia. El mundo antiguo y la Edad Media. Libro de texto, C.B.U. I, Ed. Santillana. Montevideo.
- CATICHA, R., S. GONZÁLEZ, A. SUAREZ, 2001. Historia I. De la Prehistoria a la Edad Media. Libro de texto, C.B.U. I, Ed. Santillana. Montevideo.
- CAVELLINI, S. 1994. La socialización del conocimiento prehistórico. En *Aportes para el conocimiento de*

- la prehistoria en Uruguay* editado por el Ministerio de Educación y Cultura. pp. 83-96. Montevideo.
- CAVELLINI, S. 1995. Arqueología y Educación: experiencias y reflexiones. En Consens, M, J. López y C. Curbelo (eds.) *Arqueología en el Uruguay: 120 años después* pp. 371-373. Surcos. Montevideo.
- CAVELLINI, S. 2001. Arqueología y Comunicación (Mesa Redonda). En *Arqueología uruguaya hacia el fin del milenio* 2:331-335. Gráficos del Sur. Montevideo.
- CENTRO DE ESTUDIOS ARQUEOLÓGICOS 1987. Centro de Estudios Arqueológicos, aporte para una Arqueología Nacional. En *Primeras Jornadas de Antropología en el Uruguay*, Museo Nacional de Antropología, pp. 291. Montevideo.
- CONSENS, M. 1986. Situación actual de la Prehistoria uruguaya. *Revista Hoy es Historia* (15):80-94. Montevideo.
- CONSENS, M. & G. RODRÍGUEZ, 2001. Discurso y textualidad: percepción social, patrimonio y prehistoria en Uruguay. En *Arqueología uruguaya hacia el fin del milenio*, 2:337-347. Montevideo.
- CONSENS, M., P. DOMINGO & C. PALABEZ 1987. Conceptos acerca del pasado en el Uruguay. En *Primeras Jornadas de Ciencias Antropológicas en el Uruguay*, pp. 301-305. Museo Nacional de Antropología. Montevideo.
- CURBELO, C. 2004. Reflexiones sobre el desarrollo del pensamiento teórico en la arqueología uruguaya. En: Politis y Peretti (Eds.) *Teoría arqueológica en América del Sur* INCUAPA-UNICEN, Serie Teórica, 3:259-279. Olavarría.
- CURBELO, C. & R. BRACCO 2005. *Programa: Rescate del Patrimonio Cultural indígena misionero como reforzador de la identidad local. Norte del Río Negro, Uruguay. En XXV Encuentro de Geohistoria Regional, CD ROM Multimedia Didáctico, Corrientes. (Edición impresa en prensa).*
- CURBELO, C. & R. BRACCO 2006. El uso del espacio misionero y la toponimia en nuestro territorio. En *III Congreso Nacional de Arqueología Histórica*. Mayo, Rosario (en prensa).
- CURBELO, C. & E. ONEGA 2004. Arqueología y sociedad: difusión de los avances de la arqueología histórica en grupos marginales. En *Beovide, Barreto y Curbelo eds., X Congreso Uruguayo de Arqueología: La Arqueología uruguaya ante los desafíos del nuevo siglo*. CD-Rom Multimedia Didáctico, Montevideo.
- CURBELO, C. y O. PADRÓN 2001. San Francisco de Borja del YÍ: una aproximación a su emplazamiento y a las características socioculturales de su población. En: *Arqueología en el Uruguay, Actas del IX Congreso Nacional de Arqueología* (1997), 2:21-35. Colonia, Uruguay.
- CURBELO, C., L. CABRERA, N. FUSCO & E. MARTÍNEZ 1987. Proyecto de Difusión de la Arqueología en el Uruguay. En *Primeras Jornadas de Ciencias Antropológicas en el Uruguay*, 307-310. Museo Nacional de Antropología. Montevideo.
- DÍAZ-POLANCO, H. 2006. *El laberinto de la identidad*. Col. La pluralidad cultural en México, (12). Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- DI LEONE, G. 2001. La Arqueología va al Liceo. Historia de un intercambio provechoso. En *Arqueología uruguaya hacia el fin del milenio*. Editorial Gráficos del Sur, 2:357-358. Montevideo.
- DOMINGO, P., M. CONSENS, Y. BESPALI, C. PALABEZ & V. TRUJILLO, 1987. Conocimientos de prehistoria en nuestra cultura. En *Primeras jornadas de Ciencias Antropológicas en el Uruguay*, pp. 311-318. Museo Nacional de Antropología. Montevideo.
- ERCHINI, C., F. FACCIO, S. CAMPOS & V. MATA, 2004. Tipos y alcance de la difusión de la prehistoria

- nacional. Estudio de caso: egresados de magisterio. En *X congreso Nacional de Arqueología*. CD ROM Multimedia Didáctico.
- FIGUEIRAS, J.H. 1892. Los primitivos habitantes del Uruguay. En *El Uruguay en la Exposición Histórica-Americana de Madrid. Memoria*, pp. 121-221. Montevideo.
- FUSCO, N., 1989. La Protección del Patrimonio Prehistórico: Arqueólogos y Comunidad desarrollando una propuesta integral. *Precirculados de las Jornadas-Taller: El Uso del Pasado*. Pp. 25-32. Universidad Nacional de La Plata. La Plata.
- GALIANA, M., O. NUÑEZ, C. SINISCALCO, S. ABADIE & M. SANDRIN, 1993. Prehistoria, Primeras civilizaciones y Grecia. Primer año, tomo uno, C.B.U., Col. Pasado Presente, Ed. Monteverde. Montevideo.
- GIANCOTTI, V. 1986. ¿En qué estado se hallan los estudios relativos a los indígenas del Uruguay? *Revista América Meridional* (6):95-111. Montevideo.
- GONZÁLEZ RISOTTO, R. & S. RODRIGUEZ 1982. Contribución al estudio de la influencia guaraní en la formación de la sociedad uruguaya. *Revista Histórica*, (160-162). Montevideo.
- GONZÁLEZ RISOTTO, L. & S. RODRIGUEZ 1990 Los últimos pueblos de guaraníes en la Banda Oriental del Uruguay entre los años de 1820 y 1862. En *Missoes: Trabalho e Evangelização*, pp. 203-241. Santa Rosa.
- GONZÁLEZ RISOTTO, L. & S. RODRIGUEZ 1991 *Guaraníes y Paisanos*. Ed. Nuestra Tierra. Montevideo.
- GONZÁLEZ RISOTTO, R. & S. RODRIGUEZ 1992. Los guaraní-misioneros en el poblamiento de la Banda Oriental del Uruguay. *Revista Hoy es Historia* (50):63-70. Montevideo.
- LÓPEZ MAZZ, J. 1989. La arqueología uruguaya, una arqueología antropológica. *Boletín de la Arqueología de la Comisión Nacional de Patrimonio: 7*. Montevideo.
- LÓPEZ MAZZ, J. 1992. La reconstrucción del pasado, la identidad nacional y la labor arqueológica: el caso uruguayo. En Politis, G. (ed) *Arqueología en América Latina Hoy*, pp. 167-175. Bogotá.
- LÓPEZ MAZZ, J. 1994. Del origen europeo de la arqueología a los inicios uruguayos: como y por qué de un proceso. En *Aportes para el conocimiento de la prehistoria uruguaya*, editado por el Ministerio de Educación y Cultura, pp. 11-17. Montevideo.
- LÓPEZ MAZZ, J. & R. BRACCO 1989 Las sociedades prehistóricas: viejas y nuevas aproximaciones. *Anales del VI Encuentro Nacional y IV Regional de Historia*. Pp. 107-114. Montevideo.
- MAGGI, C. 1991. *Artigas y su hijo el Caciquillo*. Ed. Fin de Siglo. Montevideo.
- MARTÍNEZ, E., L. CABRERA, N. FUSCO & C. CURBELO, 1989. Protección del Patrimonio Arqueológico: Una propuesta integral. *Boletín de Arqueología*, (1):15-20. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1986a. El aporte poblacional indígena a la sociedad uruguaya. *Revista Hoy es Historia* (14):87-92. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1986b. Entrega de niños charrúas en el Durazno. *Revista Antropológica* (4):3-7. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1987a. Presencia indígena en nuestra historia. *Revista Hoy es Historia* (21):84-90. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1987b. *Sangre Indígena en el Uruguay*. Mim. Pesce s.r.l. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1996. *Ocaso de un Pueblo Indio. Historia del éxodo guaraní-misionero al Uruguay*. Col. Raíces. Ed. Fin de Siglo. Montevideo.
- PADRÓN, O. 1997. Salsipuedes: conclusión del conflicto interétnico Charrúa-Guaraní. *Cuadernos de*

- Estudios Históricos y Sociales, Serie Guaraníes Misioneros.* Durazno.
- PADRÓN, O. 2000. No venimos solo de los barcos. En *Revista del Instituto de Estudios Genealógicos del Uruguay.* (23):250-260. Montevideo.
- PADRÓN, O. 2001. Presencia indígena en el povererío oriental. En *Arqueología en el Uruguay, Actas del IX Congreso Nacional de Arqueología* (1997), 2:21-35. Colonia.
- PADRÓN, O. 2004. *Los charrúas-minuanes en su etapa final.* Tierra Adentro Ediciones. Montevideo.
- PEREA Y ALONSO, S. 1939. Un inventario del acervo lingüístico conocido de los indígenas de la Banda Oriental del Uruguay. *Bol. de Filología, Tomo 2.* Inst. de Estudios Superiores. Montevideo.
- PI HUGARTE, R. 1999a. *Historias de aquella "gente gandul". Españoles y criollos vs. Indios en la Banda Oriental.* Ed. Fin de Siglo. Montevideo.
- PI HUGARTE, R. 1999b. *Los indios del Uruguay.* Ed. Banda Oriental. Montevideo.
- POLLERO, R. 1990. Estudio de la población de Tacuarembó en base a datos histórico-demográficos. *Anales VII Encuentro Nacional y V Regional de Historia* pp. 216-226. Montevideo.
- POLLERO, R. & M. SANS 1991. Proceso de integración de la Sociedad Uruguaya: el ejemplo de Tacuarembó. *Estudios Ibero-Americanos.* PUCRS. XVII(2):99-111. Porto Alegre.
- PORLEY, R. 1997. El Laberinto de Salsipuedes, *La República, 12 de Abril.* Montevideo.
- PORLEY, R. 1998. El Laberinto de Salsipuedes. 7 fascículos. *La República.* Montevideo.
- PORZECANSKY, T. 1992. Uruguay a fines del siglo XX: mitologías de ausencias y de presencia. En H. Achúgar, G. Caetano (comp.) *Identidad Uruguaya: ¿mito, crisis o afirmación?* Ed. Trilce, pp. 49.-61. Montevideo.
- PORZECANSKY, T. 2000. Indios, africanos e inmigrantes europeos: la búsqueda del origen en los nuevos discursos del imaginario uruguayo. En *Catálogo de la exposición "Como el Uruguay no hay". Museo Municipal J.M. Blanes,* pp. 83-103. Montevideo.
- PORZECANSKY, T., L. CABRERA & O. PADRÓN 2002. Las raíces indígenas: mito y realidades. *Revista "La Gaceta" Asociación de Profesores de Historia del Uruguay.* (22):1-27. Montevideo.
- RIBEIRO, D. 1975. *Configuraciones Histórico-Culturales Americanas.* Montevideo.
- SALA, L. y R. ALONSO, 1986. *El Uruguay comercial, pastoril y caudillesco.* Tomo 1: Economía. Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo.
- SANS, M. 1991. Genética e historia: hacia una revisión de nuestra identidad como "País de inmigrantes". En *Ediciones del Quinto Centenario,* 1:19-42. Universidad de la República. Montevideo.
- SANS, M. (comp.) 1994. *Bases para el estudio de la población uruguaya.* Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Montevideo.
- SANS, M., R. KOLSKY & F. MAÑÉ 1986. Presencia de mancha mongólica entre recién nacidos de Montevideo. *Archivos de Pediatría.* 57(3):149-163. Montevideo.
- SIERRA Y SIERRA, B. 1909. Aborígenes e indígenas. *Revista Histórica:* 2-4. Montevideo.
- SIERRA Y SIERRA, B. 1922. Arqueología uruguaya. Algunas notas. *Revista Histórica* 10:641-644.
- TOSCANO, A. & L. CANNELLA 1987. Documentación y divulgación de la Antropología Nacional a través de la televisión. En *Primeras Jornadas de Ciencias Antropológicas en el Uruguay,* pp. 325-326
- VERDESIO, G. 1996. *La invención del Uruguay. La entrada del territorio y sus habitantes a la cultura occidental.* Ed. Graffiti/Ed. Trazas. Montevideo.
- VIDART, D. 1987. *Diez mil años de prehistoria uruguaya.* Colección Hernandarias, Forum Gráfica

Editorial. Montevideo.

VIDART, D. 1999. *El mundo de los charrúas*. Ed. Banda Oriental. Montevideo.

VILARDEBÓ, T.M., 1963. *Noticias sobre los Charrúas (Códice Vilardebó)*. Edición anotada por Baltasar Luis Mezzera. Artes Gráficas Covadonga. Montevideo.

WILDER, M. 1987. Cine antropológico: una experiencia en la TV uruguaya. En *Primeras Jornadas de Ciencias Antropológicas en el Uruguay*, pp. 319-324. Museo Nacional de Antropología. Montevideo.

SITIOS WEB

<http://www.larepublica.com.uy/larepublica/2004/05/22/comunidad/142214/prohiben-estudios-cientificos-en-restos-de-vaimaca-peru-ultimo-cacique-charrua/> (Entrada 11.12.07)

<http://www.presidencia.gub.uy/noticias/archivo/2004/diciembre/2004122202.htm> (Entrada 11.12.07)

<http://www.fhuce.edu.uy/antrop/cursos/abiol/vaimaca.html> (Entrada 11.12.07)

Agradezco a Diego Bracco por sus agudos comentarios al texto y su imprescindible ayuda con la sintaxis. A Leonel Cabrera por el intercambio de reflexiones sobre algunos puntos. A Alejandro Ferrari por sus aportes en la lectura del manuscrito. Sin embargo, todo lo expresado aquí es de mi entera responsabilidad.

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*

SUMARIO: 1. Un “camino jurídico” para la cuestión indígena de América Latina. - 2. Los derechos de los pueblos indígenas como tema de derecho internacional. La constitucionalización de los derechos indígenas y el “pluralismo jurídico”. - 3. Las jurisdicciones especiales indígenas: hechos y problemas de la administración de justicia por parte de los indígenas. - 4. Los “derechos indígenas”. Formas culturales específicas y su funcionamiento. Ejemplos concretos de sistemas indígenas de derecho.

1. Un “camino jurídico” para la cuestión indígena de América Latina

La situación social de los pueblos indígenas de América Latina no ha faltado de constituir un problema social *sui generis* para casi todos los gobiernos del continente, en sentido formal, social y político-jurídico, desde los años Cincuenta del siglo pasado. Antes, los únicos intelectuales que se ocupaban del tema, pero más que todo recogiendo informaciones y gestionando estudios monográficos sobre las diferentes poblaciones, pero mirando más a su pasado que a su futuro, eran los antropólogos. Lentamente otros especialistas (sociólogos, pedagogistas, reformadores sociales, misioneros) empezaron a ocuparse en forma sistemática de los pueblos indígenas, proponiendo y realizando proyectos de promoción social, de abastecimiento de servicios básicos (escuelas, puestos de salud, cursos de formación profesional, etc.) e infraestructuras elementales para sus asentamientos (luz, agua, carreteras, y a veces alcantarillado, etc.). Todas iniciativas miradas a la *integración* de las poblaciones indígenas al interior del tejido social y organizativo de los estados modernos, frecuentemente con un acercamiento y unas metodologías de tipo paternalista. Lo que quería decir admitir que, hasta aquel momento, los indígenas del continente habían sido *excluidos*, marginados, del curso de los eventos colectivos fundamentales de los diferentes países, y de los procesos sociales de mejoramiento de las condiciones de vida. Todo el tema del “indigenismo social” puede ser considerado representar el punto de vista de las clases dirigentes de los países latinoamericanos sobre los primeros habitantes del continente. En su conjunto, el viejo y el nuevo indigenismo han caracterizado esta larga trayectoria de acer-

* Professore di Antropologia sociale, Università di Roma “La Sapienza”.

camiento político y social a la cuestión indígena, donde las reivindicaciones en términos de derechos fundamentales de ciudadanía y las acciones de promoción social han constituido los dos aspectos sobresalientes. Y el progresivo protagonismo activo de las “organizaciones indígenas” ha despertado un gran interés en el mundo social y político de los diferentes países (Alcina Franch 1990, Albó 1991, Urban-Sherzer 1991, Díaz-Polanco 1991, Lee Van Cott 1994, Assies-Van der Haar-Hoekma 1999, Bengoa 2000).

En los años Ochenta del siglo pasado los discursos sobre los pueblos indígenas, y las publicaciones correspondientes, se podían clasificar en algunos grupos diferentes, con características propias:

- a) La literatura etnográfica y antropológica, que describía procesos sociales y culturales, procesos de cambio, análisis e interpretaciones de producciones culturales, con escasas o nulas referencias a los problemas aplicativos, a las preocupaciones para el futuro de los pueblos originarios del continente, en términos operativos.
- b) Una literatura reciente de tipo político y reivindicativo, originada en grupos disidentes de la sociedad mayoritaria, que acusaba los gobiernos y las instituciones de unas responsabilidades de explotación, de marginación y de dominación hacia los pueblos indígenas.
- c) Una naciente literatura, muy limitada a ocasiones y eventos particulares, proveniente de los mismos grupos indígenas, que a través de las recientes *organizaciones indígenas*, tomaba lentamente en sus manos los discursos reivindicativos, de acuerdo con las posiciones del grupo antes mencionado, sobre todo después de los fundamentales “Encuentros de Barbados” (a partir de 1971), que dieron origen a la “antropología crítica”.
- d) Una literatura de antropología aplicada y destinada a la promoción social de los grupos indígenas, que no aparecía de gran intesidad en cuanto a las informaciones y análisis sociales, ni de gran coraje político. Estas fuentes se dedicaban substancialmente a la difusión entre los grupos indígenas de los “beneficios de la modernidad”, considerando de hecho inevitable, en los tiempos largos, la absorción y definitiva *asimilación* de los indígenas al interior del tejido social nacional de los estados latino-americanos.

A partir de los años Noventa del siglo pasado la situación global de los discursos públicos sobre los grupos indígenas del continente empezó a modificarse substancialmente. A través de la progresiva movilización de las organizaciones indígenas, que empezaron a empujar gobiernos locales, nacionales y también instituciones internacionales, a ocuparse de sus condiciones globales, *en términos de reivindicaciones de derechos violados*, la situación de los pueblos indígenas empezó a interesar juristas, abogados involucrados en pleitos en los cuales tomaban parte como defensores de los grupos indígenas, o jueces obli-

gados a emitir sentencias, en diversos países del continente. El Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas de Ginebra de las Naciones Unidas (donde concurrían expertos juristas y líderes indígenas) contribuyó mucho a las discusiones y debates que acompañaron la aprobación del Convenio 169 de la O.I.T., un documento fundamental de 1989, que introducía definitivamente la cuestión indígena al interior de un lenguaje jurídico de instituciones internacionales y de derecho internacional. Desde este momento, con una rapidez impresionante, empezó a constituirse una nueva literatura específica internacional sobre los *grupos indígenas en cuanto titulares de derechos especiales* y no simplemente considerados como sujetos excluidos y/o marginados. Esta literatura, proveniente de juristas especialistas de derecho internacional le ha entregado a la cuestión indígena de América Latina una dimensión nueva, en la cual, por un lado se enfatiza la violación de los derechos fundamentales de parte de las sociedades nacionales (esta es la orientación que empuja la cuestión indígena en la dirección de los *derechos humanos*), por el otro se discute y propone una serie de normas particulares de defensa de derechos especiales, de tipo social y cultural como propios y exclusivos de las poblaciones indígenas. Estos debates internacionales, que han involucrado a las grandes revistas de derecho internacional y han tocado lateralmente el tema de los derechos de las minorías, han suscitado obviamente reacciones activas entre los intelectuales (más que todo juristas, abogados, jueces) de los países latinoamericanos. Han sido organizados encuentros, seminarios, congresos internacionales, debates críticos muy interesantes, sobre temas como el *derecho consuetudinario*, las relaciones entre *usos, costumbres y ley*, la administración comunitaria de la *justicia*, y cosas por el estilo. Muy recientemente se ha introducido un nuevo tema de debate, que le confiere una dimensión más amplia y general al argumento de las condiciones de los indígenas en los estados modernos, la del *pluralismo jurídico*, tema de gran alcance en las discusiones generales de la teoría del derecho, que - aplicado al campo social de los estados plurinacionales - puede generar nuevas ideas y propuestas de solución del problema indígena.

Al fin y al cabo, los discursos públicos sobre los grupos indígenas del continente han cambiado de forma radical. Hoy en día una impresionante literatura específica de carácter jurídico y jurídico-antropológico, está dominando. Se pueden entonces identificar tres bloques problemáticos que tienen sus bases en una literatura diferenciada:

- a) Un primer bloque es el de los *derechos de los pueblos indígenas*, que comprende propuestas normativas, discusiones teóricas, y sobre todo una re-presentación de las viejas cuestiones indígenas en un nuevo lenguaje del derecho. Esta literatura especializada tiende a re-absorber y revitalizar todos o casi todos los temas de análisis social y cultural de la vieja literatura antropológica y social.
- b) Un segundo bloque, más cercano a la tradición de los estudios antropológicos, dedicado al análisis de aspectos y temas específicos de los sistemas culturales indígenas

de carácter jurídico, es él del *derecho indígena*, o sea de las formas organizativas de doble institucionalización, de las normas explícitas y de las sanciones sociales, que han acompañado y acompañan los grupos indígenas en sus procesos de cambio, como *producción normativa propia*. Este aspecto es muy importante porque tiene una relevancia de carácter general. Tiene mucho que ver con la capacidad de una sociedad de producir reglas, formas de solución de conflictos, sanciones, adaptadas al contexto social y cultural, y no va muy lejos del complejo y difícil problema social de la *autonomía* (en sentido etimológico y literal), que es tema de gran envergadura en los debates indigenistas contemporáneos.

- c) Intermedio entre los dos bloques apenas mencionados hay otro bloque que tiene muchas relaciones con el primero y el segundo: se trata del tema de la *jurisdicción indígena*, o sea de la capacidad y de la actitud al ejercicio de la justicia, de acuerdo a normas propias y a un cierto ajuste con la legislación nacional.

Como se puede ver, este nuevo cuadro de discursos públicos sobre los pueblos indígenas está ocupando un parte muy consistente del ámbito general de la problemática indígena en América Latina, sustituyendo progresivamente, o disminuyendo la importancia, de las otras formas de discurso sobre los pueblos indígenas. Se puede pensar que esta es probablemente la vía maestra para que las cuestiones indígenas encuentren al final una solución razonable, afuera de las formas paternalistas, de las estrategias asimilacionistas, de las recuperaciones neo-traditionalistas y “culturalistas” que frecuentemente dominan el campo en el continente. Lo que hay que observar es que hasta hoy es muy reducida la *conexión estrecha y funcional entre el tema de los “derechos de los pueblos indígenas” y el tema del “derecho indígena”*. Creo que el fortalecimiento de las relaciones recíprocas entre los dos temas sea un objetivo urgente e necesario. El presente trabajo es dedicado expresamente a esta compleja pero importante finalidad.

2. Los derechos de los pueblos indígenas como tema de derecho internacional. La constitucionalización de los derechos indígenas y el “pluralismo jurídico”.

Desde los años Ochenta del siglo pasado ha empezado muy lentamente a imponerse, en los debates entre los especialistas de derecho internacional, el problema de la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, que frecuentemente se colocaba al interior del viejo tema de la defensa de los derechos de las “minorías étnicas”. Aparecían en esta literatura especializada menciones del primer documento internacional de esta clase, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (1957), el delicado argumento de la “auto-determinación” de los pueblos, la extensión de los derechos humanos a los sectores de las costumbres, la religión y la cultura, y por fin la referencia a las Naciones Unidas como sede privilegiada para tratar los problemas mencionados. Un viejo ensayo de

G. Alfredsson (1982) diseña un cuadro rápido pero muy coherente sobre el asunto. Y el inicio de los trabajos del Working Group on Indigenous Populations de las Naciones Unidas estimula muchos estudios sobre el tema que paulatinamente llega a conquistarse una posición relevante en la literatura del derecho internacional (Barsch 1986). El muy conocido Report de Martínez Cobo sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (1986) llega pronto a ser un punto de referencia de toda una serie de publicaciones, y contribuye a orientar no solo las discusiones y los debates en los organismos internacionales – los que siempre más interés le otorgan al tema mencionado – sino también los primeros intentos de diseñar e implementar proyectos y programas de apoyo y promoción social para los grupos indígenas (y América Latina es representada como el continente en donde, por su composición histórica y estratificación étnica, aparecen más que en otros, diversos y numerosos grupos indígenas). Los diferentes estudios jurídicos sobre los grupos indígenas se concentran sobre los derechos a la tierra, sobre el equilibrio entre derechos individuales y derechos colectivos, sobre el mencionado y muy delicado tema de la auto-determinación y/o autonomía, sobre los derechos culturales, y por fin sobre los derechos individuales de bienestar general. Obviamente, estos estudios tratan también de las responsabilidades del estado, del abastecimiento de servicios básicos. Y toda la cuestión indígena recibe un tratamiento diferente, más riguroso y coherente, al interior de una visión jurídica y normativa del análisis social, no dejando a un lado las propuestas de nuevas normas, sea a nivel nacional, sea internacional. En este último nivel, es obvio que la atención se concentre sobre los instrumentos típicos del derecho internacional: el acuerdo, el tratado, el convenio, el arbitraje, la declaración (Hannum 1988, Stavenhagen 1989, Mulgan 1989, Lawrey 1990, Torres 1991). Sobre el tema muy sensible y fundamental de los derechos de los pueblos indígenas como derechos colectivos vale la pena de recordar por lo menos el ensayo pionero de D. Johnston (1989), que argumenta con observaciones y consideraciones muy refinadas de filosofía social y con datos empíricos provenientes del mundo indígena de Canadá, como el “comunitarismo”, en contra del “independent self” sea el más adaptado a las exigencias propias de los grupos indígenas. Y además como es necesario considerar un nivel intermedio entre el individuo y el estado, que es la “comunidad”, más que todo en relación con el problema de los derechos sobre la tierra.

De todas formas, es sólo con el fundamental ensayo de Catherine Jorns sobre los pueblos indígenas y la auto-determinación como reto a la soberanía estatal (1992), que el proceso de establecimiento definitivo del tema indígena adentro del conjunto de problemáticas fundamentales de derecho internacional llega a su punto firme. La autora admite que se ha determinado en los años Ochenta un “cambio fundamental en el derecho internacional”, y las cuestiones indígenas han pasado por un “proceso de juridización” que permite un nuevo enfoque sobre los viejos problemas sociales de los grupos minoritarios y su relación no sólo con los estados (lo que había ocurrido en las décadas pasadas) sino también

con la comunidad internacional. La identificación y consecuente protección de los derechos de los pueblos indígenas y su auto-determinación (en el sentido de capacidad de organizarse y decidir la mayor parte de sus actividades colectivas) es esencial para su sobrevivencia y pervivencia como pueblos. Y lo anteriormente dicho impone la consideración de la auto-determinación como derecho fundamental inherente de todos los pueblos, con la consecuencia de la necesidad de una rediscusión desde las bases del tema de la soberanía, que puede ser entendida como derecho básico de cada pueblo, necesariamente negociado con los poderes del estado. Pero hay que añadir inmediatamente que esta concepción resulta ser sustantiva y no formal; es decir, que la auto-determinación no implica separatismo o secesión. Se trata en realidad de una “auto-determinación interna”, que se refiere a cosas como los asuntos locales e internos, la educación, la salud, la información y la cultura, la religión, las actividades económicas tradicionales, el manejo ambiental y de los recursos básico, y cosas por el estilo (Jorns 1992, 209-15). Es un proceso y no un resultado, determinado por la libre decisión. En síntesis, todo lo anteriormente dicho se refiere a la legítima aspiración de los pueblos indígenas, en cuanto pueblos, a mandar sobre sí mismos y no ser bajo el mando de otros. Lo que quiere decir no tanto ser “libres” en absoluto, sino ser “libres de la presión de otros actores sociales externos”. El ensayo discute también con mucha precisión las barreras y dificultades que existen en el derecho internacional y en el derecho interno de los estados, para que sean reconocidos los mencionados derechos, y apela a las organizaciones internacionales, primera entre todas las Naciones Unidas, para que los obstáculos sean eliminados progresivamente. Un recuento histórico de las herencias coloniales de las formas de tratamiento del problema indígena de parte de los estados modernos enriquece la tratación de la Jorns, junto con un análisis muy atento y refinado de todas las normativas internacionales, los acuerdos, convenios y declaraciones. Es evidente que las nuevas orientaciones aquí mencionadas pasan por un atento análisis también de término-concepto clave como el de “pueblo”, que tiene una extensa literatura en el derecho internacional. En conclusión el ensayo de Jorns insiste en que desde la perspectiva de los pueblos indígenas queda vigente una cierta tensión entre la concepción universalística de los derechos humanos (a la cual se apelan todas las organizaciones indígenas) y ciertas opciones y pretensiones que se presentan como culturalmente relativas a un horizonte histórico-social determinado y circunscrito en un tiempo y un espacio determinado. Por una parte los pueblos indígenas se resisten a los esfuerzos de intervención y ejercicio de poderes de parte del estado en sus tierra y en sus comunidades, por la otra reivindican, en muchos casos, el “derecho de intervención” de la comunidad internacional en casos de graves violaciones de sus derechos fundamentales. Estas tensiones generan paulatinamente negociaciones y balances entre estado y comunidades indígenas, en búsqueda de un ajuste equilibrado (Jorns 1992, 336-37). Este proceso de discusión y análisis de las normativas internacionales en tema de derechos de los pueblos indígenas ha culminado con la publi-

cación del primer estudio sistemático y completo del tema, en 1996, por parte de James Anaya, Profesor de Derecho y Política de los Derechos Humanos en la Universidad de Arizona (*Indigenous peoples in International Law*). Este importante estudio ha generado una influencia directa en América Latina a través de la reciente traducción española (Anaya 2005).

La difusión de los temas de derecho internacional apenas mencionados en el contexto de los grupos nacionales de decisión sobre el problema indígena ha sido posible por la intervención, en el debate, de juristas, historiadores del derecho y abogados, interesados a la problemática indígena. Pero también un proceso continental ha facilitado el ganarse el espacio por parte de la dimensión jurídica de la cuestión indígena. Me refiero a las grandes reformas constitucionales de los diferentes estados latinoamericanos, que le han dado una importancia variable, pero casi siempre presente, a la naturaleza plurilingüística y pluricultural de la población nacional, reconociendo en varias medidas la “relevancia constitucional” del problema indígena, y la defensa y protección de los derechos indígenas como prioridad nacional (Guatemala, 1986; Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Argentina, 1994; Panamá, reformas 1993 y 1994; Bolivia, reformas 1995; Ecuador, 1998; Venezuela, 1999; México, reformas 2001). Es obvio que la lentitud y/o la ineficiencia de las legislaciones ordinarias de ejecución del dictado constitucional, y la excesiva “prudencia” del aparato jurisdiccional en aplicar las normas, han frenado la realización concreta de las aspiraciones del mundo indígena. Pero el proceso está en curso y no hay como negarlo. El tema de la “constitucionalización de los derechos indígenas” ha despertado un debate muy amplio y ha concentrado la atención de muchos juristas y antropólogos en todo el continente, produciendo trabajos de investigación de gran riqueza y profundidad (Sánchez 1996; Peña Jumpa 2002; Barié 2003; Carbonell 2003).

El cuadro que estamos presentando no sería completo sin hacer referencia a otro tema relacionado con los antecedentes, y que ha facilitado el tratamiento de la problemática indígena en términos jurídicos. Se trata del tema del “pluralismo jurídico”, que ha estimulado una cantidad de juristas y antropólogos del continente como reflejo, en términos de la teoría jurídica, del proceso de reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo étnico como característica fundamental de los estados latinoamericanos. En realidad, los gobiernos latinoamericanos tuvieron que aceptar la idea que la pluralidad debe ser principio rector de las políticas estatales, y que se manifestaba necesario redefinir un nuevo proyecto de estado y de nación incluyente y garante de las diferencias y de las pluralidades. Y estas pluralidades no eran simplemente sociales y culturales, sino también jurídicas. Así fue que en los debates legislativos se empezó a discutir el tema del pluralismo jurídico, entendido como admisión de la existencia de múltiples fuentes de concepciones, normas y prácticas jurídicas, vinculadas a diferentes grupos cada uno de los cuales había tenido su propia historia. Este acercamiento al tema de la pluralidad de las fuentes sociales de dere-

cho empezó a oponerse a la concepción tradicional del “monismo jurídico”. Ejerció un gran efecto el contacto establecido entre muchos juristas latinoamericanos y la “International Commission of Folk Law and Legal Pluralism”. Este movimiento de opinión, capaz de ejercer influencia sobre diferentes legislaciones nacionales y de caracterizar el debate intelectual y político en diversos países se cristalizó, en 1997, con la creación de la “Red Latinoamericana de Antropología Jurídica” (RE.L.A.JU), la que en sus encuentros internacionales y seminarios ha mantenido en gran vigencia la problemática de la diversidad jurídica como aspecto fundamental de la diversidad étnica y cultural (Castro Lucic-Sierra 1998). La idea del pluralismo jurídico nace del reconocimiento que también en los estados nacionales modernos europeos co-existen diferentes ordenamientos jurídicos, vinculados a diferentes instituciones del estado, territoriales, administrativas, religiosas, cada una de las cuales produce sus normas. La pluralidad normativa corresponde entonces a diferentes instituciones, a diferentes grupos sociales, a diferentes entidades territoriales. En los países pluriétnicos la complejidad social y cultural justifica mayormente esta forma de correspondencia entre diversidad socio-cultural y diversidad jurídica. Por otra parte, en la larga historia de los países de Occidente siempre se ha determinado una dinámica de relaciones entre las diferentes normas estatales y el “derecho consuetudinario”, vinculado a estratos sociales de regiones marginales. En los códigos modernos de la mayoría de los estados el derecho consuetudinario (*consuetudo*) es considerado todavía hoy una fuente de derecho a la cual los jueces pueden recorrer en algunos casos. Se trata de antiguos “usos cívicos”, tradiciones de contratos comerciales en los mercados de animales, normas de derecho agrario tradicional no oficiales, privilegios colectivos (“bienes comunes”) existentes en algunas regiones. Aún más, se pueden considerar importantes y dignos de consideración los derechos consuetudinarios que son parte de los sistemas sociales de los grupos indígenas en la mayoría de los estados modernos latinoamericanos (Castro Lucic 2000; Ordóñez Cifuentes 2005). Claro que el proceso de reconocimiento de los sistemas propios de derecho consuetudinario de los pueblos indígenas ha pasado por un proceso muy lento y difícil, en el cual el primer paso ha sido el reconocimiento de estas formas sociales normativas como auténtico sistema jurídico que merece el *reconocimiento* formal de parte del estado. Y en esto la contribución de los juristas del continente ha sido fundamental (Cabedo Mallo 2004; Sarmiento Silva – Rangel Lozano 2001).

3. Las jurisdicciones especiales indígenas: hechos y problemas de la administración de justicia por parte de los indígenas.

Nos queda de tomar en cuenta un aspecto que ha sido hasta ahora simplemente aludido: el tema de la administración concreta de la justicia a través del sistema judicial, y de la aplicación diaria de las normas en los tribunales. Es evidente que, hablando de los espec-

tos sociales del derecho hay que subrayar no sólo la importancia de las normas como tales (normas de derecho interno, normas internacionales, convenios, acuerdos, derecho consuetudinario), sino también la administración de las normas en los ámbitos judiciales (y entonces la formación, las opiniones, el comportamiento y las sentencias de los jueces), y por fin la opinión y el punto de vista del cuerpo social en su conjunto y en sus diferentes subgrupos. En lo que se refiere a los grupos indígenas y al difundido reconocimiento de sus derechos consuetudinarios, hay que añadir que un tema específico y digno de toda atención es el reconocimiento y aceptación por parte del ordenamiento del estado, de una *función jurisdiccional autónoma* de los grupos indígenas. Podemos referirnos por lo menos a un ejemplo muy importante en el continente, que puede ilustrar en forma oportuna el tema. Se trata de la “Jurisdicción Especial Indígena” que constituye, en Colombia, una herramienta fundamental de la etnicidad.

La nueva Constitución Colombiana de 1991 en su artículo 246 establece la creación de jurisdicciones especiales, mediante las cuales se autorizan a las comunidades indígenas para aplicar justicia dentro de su territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario, con sus normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Esto quiere decir que la Ley Fundamental permite que la conducta indígena sea juzgada con base en la identidad étnica. Lo que impone que sea conocido bajo qué parámetros una conducta es reprochada o aceptada dentro de una comunidad indígena. La Ley 270 de 1996 se ha ocupado de dictar normas adecuadas para la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional, para permitir a los jueces ordinarios de considerar atentamente las demandas indígenas, y entregar los casos pertinentes directamente a las comunidades indígenas (por lo general adentro de los Resguardos), para que hagan ejercicio de sus derechos jurisdiccionales previstos por la Constitución. La mencionada Ley incorpora los Jueces de Paz y la Jurisdicción de las comunidades indígenas adentro de la estructura general de la Administración de Justicia, como integrantes de la Rama Judicial. Y esto no es cosa de nada. Ya en muchos casos que han sido estudiados y comentados la innovación ha generado consecuencias muy relevantes en la conciencia jurídica difundida del País. El caso Colombiano es muy interesante porque abrió la alternativa, en el sistema jurisdiccional nacional, para compartir con las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de realizar actuaciones judiciales, respetando concretamente – de esta forma – el pluralismo jurídico del que muchas fuentes oficiales y académicas habían discutido en los años antecedentes, y otorgando en consecuencia a los grupos indígenas un espacio legal para la participación efectiva en una función fundamental del estado. Para fortalecer esta innovación normativa y asegurar su concreto funcionamiento diario, el Consejo Superior de la Judicatura suscribió en 2003 un Convenio de coordinación y cooperación con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Otro apoyo institucional y financiero para realizar el mencionado proyecto fue la

suscripción de un Convenio de Cooperación Internacional entre la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, con el fin de ejecutar los componentes del Programa: “Apoyo a la Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”. Uno de los más importantes efectos del Programa fue la creación de la “Escuela de Derecho Propio de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca”, que ha funcionado como experiencia piloto. Otras iniciativas similares han sido programadas entre los Huitoto de la Amazonía Colombiana y los Wayúu de la península de la Guajira (Arbeláez de Tobón 2004).

El tema mencionado ha suscitado importantes comentarios y análisis, sea de tipo teórico sea de tipo práctico (estudios de casos). Han sido analizados los casos de acceso de grupos indígenas e individuos aislados al sistema judicial nacional, y casos en que el juez nacional otorga la competencia para juzgar a las autoridades indígenas. No es infrecuente que el juez ordinario, contextualizando el caso de violaciones de derechos comunes por parte de un indígena, considere pertinente la aplicación de una “circunstancia atenuante de la responsabilidad” debido a motivaciones culturales. En una serie de casos ha sido también utilizada la opinión profesional de un antropólogo en función de titular de un “peritaje judicial”, que los jueces han debido tener en cuenta. Los ejemplos recientes colombianos nos permiten también de enfatizar la naturaleza dinámica, reactiva, creativa y adaptativa de los sistemas normativos y de las concepciones y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas (Sánchez Botero 1998 a , 1998 b).

La importancia del tema que estamos tratando, el sistema dinámico de interacciones entre las comunidades indígenas con sus normas y prácticas vivenciales, la administración tradicional de la justicia, y las instituciones judiciales del estado, queda reforzada por una importante investigación llevada a cabo en México, estado de Oaxaca, en la región habitada por el grupo indígena Mixe. Esta importante investigación ha estudiado el contraste entre los procedimientos judiciales en los juzgados indígenas y los procedimientos en los juzgados estatales. Este contraste se presenta a veces como contraste entre sistemas diferentes de derecho, pero también revela el carácter de la asimetría de poder. El autor aborda el tema también desde una perspectiva histórica, reconstruyendo los procesos desde la creación del Distrito Judicial Mixe en los años Treinta, que no faltó de producir efectos relevantes en la definición del territorio étnico de este grupo indígena y en la maduración de su identidad. En su calidad de abogado litigante y asesor jurídico Juan Carlos Martínez se ha concentrado en las observaciones *in jure*, en los procesos judiciales, pero también se ha dedicado detenidamente a una investigación de los contextos sociales y culturales, no sólo de las comunidades indígenas, sino también del ámbito judicial y de los grupos sociales dominantes. Una compleja interacción multicultural y multijurídica se ha determinado en los años, permitiendo al autor de identificar un amplio “campo” de interacciones y relaciones, que constituye un espacio donde se mueven varios subsistemas judiciales que per-

tecen al ámbito comunal-municipal, regional distrital y estatal. Este sistema dinámico se extiende desde la Autoridad Comunal de Santa María Tlahuitoltepec hasta el Juzgado Distrital de Zacatepec, y llega – en muchos casos – hasta el Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca (Martínez 2004).

También en Ecuador el tema de la justicia indígena, y de las posibles reformas legislativas que consideren importante fomentar una creciente toma de responsabilidades judiciales por parte de las comunidades indígenas, ha sido debatido y sostenido por un grupo consistente de juristas y antropólogos. La orientación mencionada ha generado buenas investigaciones de campo y el establecimiento de una estrecha conexión entre el nivel del derecho internacional (aplicación de algunos principios del Convenio 169 de la O.I.T.), el nivel constitucional, el nivel de la legislación ordinaria, y por fin el nivel del reconocimiento y puesta en funcionamiento del derecho consuetudinario indígena. Obviamente, sea la reflexión sobre los datos provenientes de las investigaciones de etnografía jurídica, sea los comentarios sobre las normas internacionales, han generado un interesante debate sobre la noción misma de “justicia”, que ha terminado con correcciones relevantes a las concepciones corrientes de la actividad jurisdiccional (Salgado 2002, Trujillo-Grijalva-Endara 2001, García 2002).

4. Los “derechos indígenas”. Formas culturales específicas y su funcionamiento. Ejemplos concretos de sistemas indígenas de derecho.

De acuerdo a lo anteriormente dicho es evidente que hay que concentrarse en la observación y análisis de las formas de pensamiento y acción de las sociedades indígenas del continente que se refieren a conceptualizaciones de lo “justo”, de lo “debido” de lo “obligatorio”, a la formulación explícita y/o implícita de normas de comportamiento, a la aplicación de sanciones, y a cosas por el estilo. La documentación antropológica y sociológica existente nos permite de aclarar que “no tiene fundamentación la vieja idea de que los indígenas no observan ya las normas de su derecho tradicional” (Stavenhagen-Iturralde, 1990). Una serie de investigaciones recientes demuestran la existencia, la perseverancia de prácticas y formas de pensamiento jurídico indígena que quedan vigentes y se retroalimentan continuamente en el cuadro de los procesos de modernización. Por ejemplo, en lo que se refiere a México, Victoria Chenaut ha notado la presencia de una cantidad de costumbres, entre los Totonaca de Puebla-Veracruz, que merecen la calificación de costumbres de carácter jurídico, porque regulan las relaciones sociales funcionando como elementos de control social, asociados a ciertos valores. Se trata de formas de comportamiento que la comunidad considera susceptibles de sanción. La base de estas costumbres queda en las obligaciones vinculantes. La repetición constante en la vida social de ciertas formas de comportamiento hace que se consideren normativas ciertas costumbres, como lo

que *debe* hacerce. Dominan los conceptos locales de *reciprocidad* y de *resistencia* a las fuerzas externas.

Por ejemplo, las tierras de cultivo de una familia cambian continuamente de lugar, de acuerdo a las necesidades de la producción y a las capacidades de la tierra. Pero lo que no cambia es la *pretensión socialmente aprobada* por parte de la comunidad, a que la familia pueda cultivar una porción de tierra, dada su pertenencia a un determinado linaje. El resultado es que la representación de las relaciones de propiedad (vínculo entre un grupo y una extensión de tierra) es, por consiguiente, la de una *relación entre personas*, donde las relaciones con los bienes (la tierra) no es el aspecto más importante. La oposición entre las concepciones jurídicas de los Totonaca y las visiones político-jurídicas de la sociedad dominante fue evidente desde muchas décadas. De donde la lucha incansable de los gobernantes para educar a los indígenas a la modernidad, enseñándoles el derecho de propiedad individual. Para los Totonaca, entonces, la tierra no es una propiedad ancestral, heredada por los descendientes. Ya que en cierto sentido en ella es el trabajo que crea tierra cultivable, mediante la tala y el desbroze del bosque. Si el trabajo crea la tierra, entonces, lo que es más importante es el trabajo mismo, y no la tierra como tal, cuya posesión es limitada a un determinado espacio de tiempo, mientras dure la fertilidad de la misma. El aspecto central es, al fin y al cabo, la relación que las personas establecen entre sí, en el uso de la tierra (Chenaut 1990, 158-162). Es evidente que estamos frente a una concepción autónoma de carácter socio-jurídico, que es parte del sistema socio-cultural más amplio.

Otro ejemplo puede valorar lo que estamos argumentando. Se trata de las observaciones de María Teresa Sierra entre los Otomí del Valle de Mezquital, a unos 30 Km. de Ciudad de México. De acuerdo a la investigación de la mencionada autora, las prácticas jurídicas de los Otomí son básicamente prácticas discursivas; es decir, prácticas sociales organizadas por y a través del lenguaje. En ellas se trata de resolver conflictos con medios discursivos como la argumentación y la retórica. El carácter dinámico de las conciliaciones, de construcción paso a paso, las convierte en eventos comunicativos sumamente privilegiados para observar el funcionamiento de la costumbre jurídica. El convencimiento, la negociación lingüística y de cosas, la búsqueda de una solución a través de mediaciones, *adentro de ciertos parámetros*, aparecen con continuidad en la vida social. Frecuentemente el juez tradicional consigue persuadir a los acusadores de la improcedencia de su queja por lo que – en muchos casos – finalmente ellos deciden retirarla. A veces el juez recorre a su autoridad y prestigio, y puede amenazar al acusado y/o el acusador. En su actividad domina una estrategia persuasiva que oscila del convencimiento hacia la amenaza y, en última instancia, la imposición. En el proceso de conciliación se ejerce el control social en el interior de los pueblos de los Otomí. Las conciliaciones nos permiten observar como una gran diversidad de normas y principios se ajustan recíprocamente a través de las palabras bien manejadas. Las normas numerosas y muy variadas se

mezclan con creencias implícitas que gobiernan lo permitido y lo prohibido, de acuerdo a las diferentes posiciones sociales, a los diferentes momentos, a las diferentes relaciones. Se trata de una normatividad latente, cristalizada en la experiencia social. La multifuncionalidad de las normas es evidente. En esos procesos lo moral, lo económico, lo político y lo familiar se entretajan para conformar una complejidad normativa que funciona como referencia en los actos jurídicos específicos. Sin embargo, las reglas y los principios no son rígidos. Su carácter oral, no codificado, les da un toque de fluidez y dinamismo cuyo uso y jerarquía aparece en las disputas mismas, y únicamente puede ser entendido en relación con la estructura de las relaciones sociales y de los compromisos vigentes en el grupo. Y la ley oficial del estado no es rechazada en forma rígida, sino que es “apropiada” por los grupos indígenas. Así que la relación entre derecho positivo y derecho consuetudinario no parece manifestarse, en este caso, en términos de enfrentamiento. Domina más una complementación, una búsqueda de integración de lo propio y de lo ajeno (Sierra 1998, 232, 252). Sobre el tema de las disputas y las formas sociales y culturales del derecho consuetudinario indígena mexicano, como eventos generadores de comportamientos jurídicos vinculados a procesos identitarios, existe una extensa literatura específica de gran calidad. Quiero recordar simplemente las fundamentales monografías etnográficas de Laura Nader sobre los Zapoteca (Nader 1990) y de Jane Fishburn Collier sobre los Zinacanteca (Fishburn Collier 1995), pero también el análisis comparativo muy iluminante que había sido publicado por Nader-Todd en 1975.

Afuera de México es de gran importancia una investigación sobre el mismo tema de las disputas y sus efectos sociales de construcción de sistemas normativos flexibles y adaptados a diferentes circunstancias sociales, ante los Wayú de la península de la Guajira en Colombia (Guerra 2002). La presentación y análisis de los procesos de conflictos y compensaciones entre estos grupos indígenas de ganaderos y comerciantes es excelente, con varios ejemplos de casos e intensa profundización de los vínculos de parentesco, de jerarquía social y de afiliación clánica. La figura social de los mediadores de conflictos, los “Palabrerros”, expertos de los discursos de conciliación, maestros de retórica y “dueños de la palabra”, es fundamental para entender el complejo y lento proceso de ajuste entre grupos después de un homicidio, por ejemplo. Aparece de toda evidencia la “construcción” del acuerdo entre grupos en conflicto, mediante un atento balance de pretensiones, acusaciones, defensas, violaciones, que generan, a lo largo del proceso social manejado por el “Palabrerro”, el acuerdo social y consecuentemente el antecedente normativo.

La literatura especializada que es dedicada a la descripción y análisis de los sistemas indígenas de derecho consuetudinario en América Latina es muy extensa y de buena calidad. Buena parte de los estudios se concentran en temas como los anteriormente tratados: los conflictos, la resolución de disputas, los procesos “jurisdiccionales” de mediación y composición de las formas de confrontación social. Pero hay también estudios e tipo “nor-

mativo” más tradicional, donde se presenta el conjunto de las prescripciones abstractas de comportamiento no siempre añadiendo informaciones detalladas sobre el manejo concreto de las disputas y la aplicación de las normas a los casos cotidianos. Entre los estudios más interesantes y completos hay que recordar por lo menos Chase Sardi (1987) sobre los Chamacoco, Fernández Osco (2000) sobre los Aymara, Arvelo Jiménez (1990) sobre los Yekuana de Venezuela y D’Abbraccio (2001) sobre los Emberá-Chamí. Pero son además importantes los estudios y las monografías sobre diversos grupos indígenas de Colombia publicadas por Carlos Perafán, que a pesar de ser presentadas en formas que revelan la proyección de las categorías del derecho colombiano moderno sobre los sistemas culturales indígenas, ponen en evidencia de toda manera las importantes diferencias culturales existentes entre los diversos grupos indígenas del País, y sintetizan oportunamente las fuentes etnográficas pre-existentes con unas campañas muy inteligentes de investigación de campo (Perafán 1995, 2000).

Lo que aparece importante subrayar es que casi todos estos estudios presentan formas culturales de experiencia y pensamiento jurídico completamente encajadas adentro de los procesos sociales locales, y frecuentemente vinculadas a la visión del “sí mismo” que tienen los grupos indígenas. Así que la defensa y la reivindicación de la “cultura propia”, que es parte constitutiva de los procesos sociales contemporáneos, pasa por la defensa de sus normas de comportamiento e de sus sistemas de solución de las disputas. En este caso la compleja y discutida expresión que aparece frecuentemente en las reivindicaciones de los grupos indígenas, “autonomía”, podría ganarse toda su específica y directa significación etimológica de “capacidad de generar *normas propias*”. Por lo general el concepto de “autonomía” se refiere a temas políticos como “autodeterminación”, “auto-organización”, pero también el aspecto jurídico, de las normas que constituyen la arquitectura del sistema social, es de suma importancia. El debate sobre el asunto es rico y detallado, y tiene gran importancia en el cuadro más general de la cuestión indígena del continente (véase por lo menos: Villoro 1996, Izquierdo 1996, Sierra 1998, Nahmad Sitton 2001). De importancia particular aparecen, en este debate, las consideraciones políticas radicales formuladas en México por el Grupo Parlamentario del PRD en el tema de la autonomía indígena (Grupo Parlamentario PRD 1996).

Volviendo a los temas generales presentados en las primeras páginas de esta ponencia, pienso que los materiales y los estudios presentados puedan reforzar la convicción de la oportunidad de que, en los debates sobre la cuestión indígena en el continente, en los programas de reformas sociales y en las reivindicaciones de los grupos originarios de América Latina, se tome en cuenta de manera especial la necesaria conexión entre el tema de los derechos de los pueblos indígenas y el tema del derecho indígena. Como decir que el reconocimiento de la naturaleza plenamente jurídica de las costumbres indígenas como parte del proceso de producción cultural propia, es parte ineliminable del proceso más

amplio y complicado del respecto de los derechos fundamentales de los indígenas como ciudadanos y como miembros de la comunidad internacional.

Referencias bibliográficas

- X. Albó, El retorno del Indio, en "Revista Andina", A. 9, n. 2 (1991), pp. 299-366.
- J. Alcina Franch (Compilador), *Indianismo e indigenismo en América*, Alianza Editorial, Madrid 1990.
- G. Alfredsson, International Law, International Organizations, and Indigenous Peoples, en "Journal of International Affairs", 36, n.1 (1982), pp. 113-124.
- J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional* (ed. orig. 1996), Univ. Internacional de Andalucía, Madrid 2005.
- L. Arbeláez de Tobón, *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*, Guatemala 2004.
- N. Arvelo Jiménez, Organización social, control social y resolución e conflictos. Bases para la formulación y codificación del derecho consuetudinario ye'kuana, en: Stavenhagen-Iturralde 1990, pp. 95-115.
- W. Assies, G. Van der Haar, A. Hoekema (Editores), *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora 1999.
- C. G. Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2ª edición, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Ed. Abya Yala/Banco Mundial, La Paz 2003.
- R. L. Barsh, Indigenous peoples: an emerging object of international law, en "The American Journal of International Law", 80 (1986), pp. 369-385.
- J. Bengoa, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago 2000.
- V. Cabedo Mallol, De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena, en "Política y Cultura", 21 (2004), pp. 73-93.
- M. Carbonell, La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 36, n. 108 (2003), pp. 839-861.
- M. Castro Lucic (Editora), *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico: desafíos en el Tercer Milenio*, Univ. de Arica y Tarapacá, Arica 2000.
- M. Castro Lucic, M. T. Sierra, Derecho indígena y pluralismo jurídico en América Latina, en "América Indígena", 58, n. 1-2 (1998), pp. 7-15.
- M. Chase-Sardi, *Derecho consuetudinario Chamacoco*, RP Ediciones, Asunción 1987.
- V. Chenaut, Costumbre y resistencia étnica: modalidades entre los Totonaca, en: Stavenhagen-Iturralde 1990, pp. 155-189.
- G. D'Abbraccio Kreutzer, Los cruces del sendero, cosmovisiones y sistema jurídico de los Emberá-Chamí, en "Boletín del Instituto Riva-Aguero", 28 (2001), pp. 109-115.
- H. Díaz-Polanco (Compilador), *Etnia y nación en América Latina*, Cons. Nac. Para la Cultura y las Artes, México 1991.
- M. Fernández Osco, *La ley del ayllu. Prácticas de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en comunidades aymaras*, PIEB, La Paz 2000.

- J. Fishburn Collier, *El derecho Zinacanteco: procesos de disputas en un pueblo indígena de Chiapas*, CIESAS, San Cristobal 1995.
- F. García S., *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, FLACSO, Quito 2002.
- Grupo Parlamentario PRD, *La autonomía de los pueblos indios*, Cámara de Diputados, México 1996.
- W. Guerra Curvelo, *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad Wayúu*, Ministerio de Cultura, Bogotá 2002.
- H. Hannum, New developments in indigenous rights, en "Virginia Journal of International Law", 28, n.3 (1988), pp. 649-678.
- A. L. Izquierdo, Autonomía indígena: una de las formas de su ejercicio, en: AA. VV., *Cultura y derecho de los pueblos indígenas de México*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, pp. 263-271.
- D. Johnston, Native rights as collective rights: a question of group self-preservation, en "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", 2, n.1 (1989), pp. 19-34.
- C. J. Jorns, Indigenous peoples and self-determination: challenging state sovereignty, en "Case Western Reserve Journal of International Law", 24 (1992), pp. 199-348.
- A. Lawrey, Contemporary efforts to guarantee indigenous rights under international law, en "Vanderbilt Journal of Transnational Law", 23, n.4 (1990), pp. 703-777.
- D. Lee Van Cott (Edited by), *Indigenous peoples and democracy in Latin America*, St. Martin Press, New York 1994.
- J. C. Martínez, *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región mixe*, INAH, Oaxaca 2004.
- R. Mulgan, Should indigenous peoples have special rights?, en "ORBIS", 33, n.3 (1989), pp. 375-388.
- L. Nader, *Harmony ideology: justice and control in a Zapotec mountain village*, Stanford Univ. Press, Stanford 1990.
- L. Nader, H. F. Todd Jr. (Editors), *The disputing process. Law in ten societies*, Columbia Univ. Press, New York 1978.
- S. Nahmad Sitton, Autonomía indígena y la soberanía nacional: el caso de la Ley Indígena de Oaxaca, en: L. De León Pasquel (Coordinadora), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS, México 2001, pp. 19-47.
- J. E. R. Ordóñez Cifuentes (Coordinador), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, Univ. Nacional Autónoma, México 2005.
- A. Peña Jumpa (Coordinador), *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, PUCP, Lima 2002.
- C. C. Perafán Simmonds, *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*, Colcultura, Bogotá 1995.
- C. C. Perafán Simmonds, L. J. Azcárate García, H. Zea Sjoberg, *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y Sikuani*, ICANH, Bogotá 2000.
- J. Salgado (Compiladora), *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Univ. Andina Simón Bolívar/Ed. Abya Yala, Quito 2002.
- E. Sánchez (Compilador), *Derechos de los pueblos indígenas en las Constituciones de América Latina*, Disloque Ed., Bogotá 1996.
- E. Sánchez Botero, Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso Colombiano, en "América Indígena", 58, n. 1-2 (1998 a).

- E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Univ. Nacional de Colombia, Bogotá 1998 b.
- S. Sarmiento Silva, C. E. G. Rangel Lozano, El movimiento indio frente al dilema del reconocimiento de los usos y costumbres como derecho indígena, en: L. De León Pasquel (Coordinadore), *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Porrúa, México 2001, pp. 271-289.
- M. T. Sierra, Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena, en : Stavenhagen-Iturralde 1990, pp. 231-258.
- M. T. Sierra, Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano, en “América Indígena”, 58, n. 1-2 (1998), pp. 21-48.
- R. Stavenhagen, Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional, en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, 10 (1989), pp. 39-64.
- R. Stavenhagen – D. Iturralde (Compiladores), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Inst. Indigenista Interamericano/ Inst. Interamericano de Derechos Humanos, México 1990.
- R. Torres, The rights of indigenous populations: the emerging international norm, en “Yale Journal of International Law”, 16 (1991), pp. 127-175.
- J. C. Trujillo, A. Grijalva, X. Endara, *Justicia indígena en el Ecuador*, Univ. Andina Simón Bolívar, Quito 2001.
- G. Urban – J. Shertzer (Edited by), *Nation-State and Indians in Latin America*, Univ. of Texas Press, Austin 1991.
- L. Villoro, En torno al derecho de autonomía de los pueblos indígenas, en: AA. VV., *Cultura y derecho de los pueblos indígenas de México*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, pp. 161-184.

DIRITTO CONSUETUDINARIO E COMUNITÀ INDIGENE DI FRONTE AL DIRITTO STATALE E INTERNAZIONALE IN AMERICA LATINA: UNA PROSPETTIVA ANTROPOLOGICA

Antonio Luigi Palmisano*

SOMMARIO: Premessa. - 1. Diritto e identità etniche. - 2. Costituzioni e diritti nazionali (civile e penale). - 3. Diritto civile e penale nazionale. - 4. Diritto internazionale e ordine dei mercati. - 5. Il diritto nel mondo post-globale: il mercato e la giuridificazione. - 6. Verso nuove identità.

Premessa

Nei processi di costruzione delle identità si riflettono prepotentemente le trasformazioni sociali ed economiche in atto sulla scena internazionale. In modo particolare, per le comunità indigene dell'America Latina, in transizione ed in transizione rapida, l'essere considerate soggetti giuridici, in quanto "popolazioni indigene", conduce ad un ripensamento e ricostituzione della propria identità. Gli stessi processi di sviluppo e i differenti approcci istituzionali e non istituzionali allo sviluppo, sia nazionali che internazionali, comportano nuovamente una ri-configurazione dell'autorappresentazione della comunità indigena. La relazione fra comunità internazionale e Stati nazionali e la relazione fra Stati nazionali e comunità indigene, infatti, non possono non essere ripensate anche dalle stesse comunità indigene, affrontando e discutendo temi, quale ad esempio l'integrazione delle minoranze, l'educazione in lingua indigena e il diritto di proprietà collettiva –quantomeno sull'uso delle terre "ancestrali".

Il ruolo del diritto nei processi identitari ed il concetto di soggettività giuridica sono stati affrontati da molti autori considerando con attenzione proprio la questione delle dinamiche identitarie. Allo stesso tempo, altri autori hanno descritto le strategie statali elaborate per affrontare la questione dei processi di integrazione delle comunità indigene nel contesto di una società nazionale ma moderna, ovvero attenta al multiculturalismo. A più riprese è stato sottolineato il rischio di fossilizzazione e mercificazione delle identità etniche e linguistiche.⁴

* Professore di Antropologia culturale, Antropologia politica, Antropologia dello sviluppo, Facoltà di Scienze Politiche, Università di Trieste.

⁴ Cfr., fra gli altri, Habermas e Taylor 1988; Almeida y Arrobo 1998; Belohradski 2006.

Ma a proposito di identità, linguistiche ad esempio, la relazione fra Stati nazionali e comunità indigene, ovvero gruppi etnici, ha senso se è posta in relazione, oggi, al diritto internazionale, ovvero ai movimenti di tutela dei diritti umani. Sono queste due ultime forme assunte dal diritto a giocare un ruolo di primo piano proprio nei processi di costituzione delle identità etniche e perfino delle identità nazionali. L'identità è plurima, è molteplice, infatti, e si difende –e va difesa- dall'essere ridotta ad un cliché definito dall'esterno, ovvero dal mondo globale, oltre che definito dall'interno della sua società nazionale. L'identità è in perenne divenire, ed è in perenne interazione con la rappresentazione e la autorappresentazione della comunità, della società. E' dunque soggetta a manipolazioni, anche inconsapevoli.

La risoluzione Onu sui diritti dei Popoli Indigeni, ad esempio, è applicata con grande ritardo, un ritardo forse ricercato; e, finalmente, solo rispettata a seguito delle pressioni esercitate proprio dalle comunità indigene dell'America Latina. Gli sviluppi recenti avuti nell'ordinamento internazionale in tema di protezione delle minoranze, soprattutto delle comunità indigene o "popolazioni indigene", (diritti umani, diritto internazionale dell'economia, protezione dell'ambiente...), sembrano aver prodotto modifiche rilevanti circa la natura, il contenuto e le funzioni svolte dal diritto internazionale attuale; ovvero, mutamenti stessi nella comunità internazionale, che oggi non appare più formata unicamente da Stati (di questa comunità fanno ormai parte anche altri enti cui va attribuita una soggettività internazionale, pur limitata, in quanto destinatari di diritti ed obblighi sul piano internazionale); soprattutto, una accelerazione dei processi di fondazione delle identità etniche in chiave a-contestuale rispetto alle situazioni nazionali, spesso profondamente determinate, se non scosse, dall'azione dei soggetti giuridici forti, sovente anti-statali nella loro affermazione.

1. Diritto e identità etniche

Sulla scena mondiale vi è una novità. Si tratta dell'avvento di attori quasi inediti, che non sono né le comunità indigene, né gli Stati nazionali; sono soggetti di straordinaria potenza: per esempio, le *multinational corporations* e soprattutto le *transnational holdings*. In alcune situazioni, queste ultime hanno dimostrato poteri economici e politici superiori a quelli degli Stati.⁵ La relazione fra gruppi etnici e Stati nazionali è così oggi conformata in maniera diversa: in questo processo molto complesso di equilibrio sociale, economico e di produzione del diritto non può non essere tenuto in giusto conto e peso proprio l'intervento delle *transnational holdings*.

Il termine "popolazione" –termine specifico della biologia e della demografia- può

⁵ Cfr. Palmisano 2006a, pp. 191-198.

essere comprensibilmente adoperato, allora, soltanto all'interno di una certa società internazionale che ha tutti gli interessi a reificare e oggettivare le comunità, in modo da non trattare direttamente con queste; ovvero, all'interno di una comunità internazionale che, con l'*escamotage* di costituirle a soggetto del diritto, le elimina dal campo della possibilità del trattare. Ad esempio, mentre ogni identità –*in primis* l'identità etnica- è sempre in divenire, l'identità "popolazione indigena" è, così, immutabile.

Le identità etniche, o dei gruppi etnici, sono il prodotto di un complesso gioco di rappresentazione e di autorappresentazione. Innanzitutto, un gruppo etnico, o una comunità indigena, si autorappresenta: è probabile che questa sua autorappresentazione resti limitata ai campi adiacenti, cioè che si tratti di un'autorappresentazione limitata al vicino, ad un altro gruppo etnico confinante o a qualcuno che, comunque, si interessa a quella specifica comunità; con questa sua azione di autorappresentazione, il gruppo etnico costituisce la comunità specifica, in quanto tale, nel mondo ad essa esterno, ovvero nel contesto internazionale. Soprattutto, l'autorappresentazione è data e prodotta ai fini della riproduzione della propria società nelle generazioni seguenti; ma quest'autorappresentazione è profondamente influenzata dalla rappresentazione della stessa comunità che proviene dall'esterno. Basti pensare ad una delle comunità indigene del Venezuela o del Paraguay, ovvero seguire l'argomentazione rivolgendo l'attenzione ad una di queste società. La rappresentazione che viene data di questa comunità, ovvero che noi tutti forniamo, influisce sulla sua autorappresentazione. Ciò significa che la nostra rappresentazione influisce sulla stessa costituzione di quella società, ovvero sulla profonda identità di quella comunità o di quella società. Non possiamo dunque mai pensare ad una comunità a se stante, indipendentemente da noi, ovvero da altri; una tale comunità, una comunità senza il suo esterno, non esiste.

O per via diretta o per via indiretta, dunque, l'identità è in continuo divenire, in continua transizione. Del resto, anche nella vita di ogni persona rileviamo che, per continuare ad essere, è inevitabile modificarsi, trasformarsi. Per continuare ad essere ciò che si è, non è possibile continuare ad essere ciò che si è stati: ecco il continuo lavoro d'interpretazione e di re-interpretazione dell'identità di una comunità, un lavoro di tutto rispetto.

Il ruolo dello Stato, in questo senso, è fondamentale. Al di là del discutere dei processi di integrazione, interessanti o meno, lo Stato può partecipare in maniera attenta e cruciale all'autorappresentazione di queste società, in modo che la loro identità sia in grado di rispondere ai cambiamenti nella struttura e nella organizzazione sociale che lo stesso Stato nazionale, ma anche il continente intero, sta vivendo.

Un errore che lo Stato potrebbe compiere, e a volte compie, è quello di fossilizzare l'identità dei gruppi etnici. Una forma della fossilizzazione consiste appunto nel dichiarare il gruppo etnico come "popolazione indigena", ovvero nel naturalizzare e zoologizzare il gruppo etnico. Questo è un processo che va di pari passo con il processo di musealizza-

zione del gruppo etnico: si prende un gruppo etnico, gli si crea una gabbia dorata, così che si occupi di difendere quel microambiente o quell'ecosistema limitato, e lo si lascia lì dentro, in modo che non disturbi più di tanto, a guardia di un tempo immoto, fuori dalla storia sociale e politica: il tempo del documentario, il luogo degli oggetti. Chiamo questa operazione politica "musealizzazione delle comunità". E' un processo che allontana tutti gli attori sociali da una dialettica, da un dialogo con le comunità.

Fossilizzazione, naturalizzazione, zoologizzazione, musealizzazione e reificazione di una società disconoscono che una comunità è sempre un soggetto politico, un soggetto che può parlare per sé: una comunità è nella *polis*! E questa *polis* è oggi il mondo politico della società globale.

L'identità è sempre e comunque in divenire. Ciò comporta delicatissimi processi collaterali e contemporanei: ogni passo nella modifica di questa identità implica per la comunità locale uno sforzo non indifferente di adeguamento al mutato contesto. La comunità può sottrarsi a questo stress –e di stress si tratta- o chiudendosi in se stessa, autoemarginandosi –e questa è una soluzione che purtroppo abbiamo visto adottata molto spesso-, oppure trasformandosi in altro, anche in istituzioni talvolta perfino interessanti –per esempio, un gruppo etnico che si costituisce in società commerciale e/o in società per azioni.

Oggi, ad influire sulla rappresentazione ed autorappresentazione della comunità indigena, oltre agli Stati con le loro Costituzioni e diritti nazionali, oltre a una non meglio identificata comunità internazionale con il suo diritto internazionale, si prospettano altri produttori di rappresentazione nella società globale. Si istituiscono così le rappresentazioni date dal mercato commerciale e finanziario. Ed alcune di queste rappresentazioni possono essere considerate manipolatrici.

In questo contesto analitico considero allora tre principali rappresentazioni: rappresentazione indigena; rappresentazione liberista; rappresentazione terza, ovvero dei mercati commerciali. Alla globalizzazione liberista (economia dei mercati finanziari), si affianca in effetti un'altra globalizzazione, parzialmente in conflitto con essa: la globalizzazione dei nuovi mercati commerciali. Le identità che queste due ultime rappresentazioni propongono all'America Latina sono in contrapposizione alla autorappresentazione dell'America Latina, ovvero alla identità delle comunità indigene. Mentre la rappresentazione liberista è prodotta dall'azione politica ed economica delle grandi concentrazioni di capitale finanziario, la rappresentazione terza –rappresentazione ad opera dei mercati commerciali- esprime l'azione di globalizzazione operata dai mercati commerciali diretti dallo Stato (Cina e India), come pure l'azione della globalizzazione musulmana (già da tempo operante anche in America Latina). In questo contesto di interazione fra rappresentazioni, ovvero di contrattazione delle identità, la autorappresentazione dell'America Latina è probabilmente destinata a fondare una nuova identità sulla base di nuove forme di sinergia e cooperazione fra paesi dell'America Latina e fra questi e l'Unione Europea.

Consideriamo ora la questione delle identità etniche in questo nuovo contesto interpretativo.⁶

Per “autori marxisti internazionalisti”, i movimenti identitari etnici non sono altro che occasione di divisione all’interno di società unite da un comune destino di sfruttamento, quindi sono considerati fattori di indebolimento di queste stesse società.⁷ Per costoro, ogni identità etnica rientra di fatto, conseguentemente, nella nozione generica di “popolazione indigena”, come tale categorialmente già trattata dal diritto internazionale e dal diritto di tutela dei diritti umani. Pertanto, *ipso facto*, per questi autori l’identità etnica è una identità già difesa e protetta. Ma quale è la posizione del gruppo etnico all’interno di tali società? È presa in considerazione la sua esistenza, almeno, da parte di questi autori? O addirittura si augura il dissolvimento storico delle categorie d’azione politica e sociale nelle quali detti attori si riconoscono?

Criticamente, tuttavia, osservo che le identità etniche precedono nella loro prassi e nella loro forza storica e sociale ogni logica di lotta di classe. Precedono anche ogni logica del diritto internazionale, con la sua etichetta generica di “popolazione indigena”, una logica che è soprattutto e necessariamente classificatoria, e pertanto generalizzante. Storicamente, le identità etniche nascono prima di altre forme della identità, ovvero di quelle forme sulle quali si fondano le teorie classiche moderne dell’azione politica e delle dinamiche del potere. Nella prospettiva dell’attore sociale, infatti, le identità etniche permettono un riferimento a precisi piani di azione politica e sociale: efficaci piani di resistenza alla alienazione, alla disgregazione sociale e alla atomizzazione dei rapporti sociali, innanzitutto dei rapporti di parentela, percepite come tanto attive quanto minacciose nelle situazioni sociali soggette a rapido cambiamento. Ovvero, nella nostra epoca globale, le identità etniche costituiscono piani efficaci soprattutto per quanto riguarda l’esperienza delle comunità locali. E non si tratta degli stessi piani d’azione legati alla identità “popolazione indigena”, così come giuridicamente costituita.

Per “autori marxisti nazionalisti”, invece, le rivendicazioni di diritti collettivi non sono altro che basilari forme di privilegio corporativo.⁸

Osservo, comunque, che anche questa potrebbe essere una posizione critica che interessa certamente più le classi dominanti che altro. Negare infatti diritti corporativi legati alla nozione di etnia e di tribù, per esempio negare i diritti corporativi legati alla questione delle terre, è interesse primario di soggetti politici che non avevano e non hanno nessun altro diritto nel reclamare lo *imperium* o la *possessio* sulle stesse terre, o che non si considerano in grado di, o comunque legittimati a, manipolare e strumentalizzare politicamente

⁶ Ho anticipato alcune di queste argomentazioni in alcune Conferenze; cfr. Palmisano 2005:109-122.

⁷ Cfr. Carrier, A. in Marques-Pereira, B. 1995:182-195; Ibarra, A. 1987.

⁸ Cfr. ad esempio Sanchez Parga in Marques-Pereira, A. e Bizberg, I. 1995, pp. 80-95.

te, a proprio vantaggio, tali diritti. Mi riferisco alle *transnational holdings*, appunto. *Transnational holdings* che si attivano talvolta sulla scia di apripista e battistrada di varia estrazione: gruppi internazionali di difesa (strumentale) dei diritti umani, dell'ambiente, dei "popoli in via di scomparsa" ecc.

Tuttavia, anche riconoscere diritti corporativi sulle terre o sull'uso di determinate risorse naturali a gruppi etnici o comunità locali più deboli può significare per gli attori sociali e economici internazionali più forti una ottima occasione, giuridicamente legittimata, di appropriazione degli stessi diritti dei deboli, proprio in nome del diritto, ovvero attraverso sofisticati quanto ambigui programmi di intervento.⁹

Ancora una volta, l'eliminazione legale di attori sociali forti –gli Stati nazionali- può giovare non tanto alle comunità indigene, già talvolta in competizione storicamente consolidata con gli Stati nazionali, quanto piuttosto agli attori sociali internazionali oggi più forti: le *transnational holdings*.

Analizziamo ora più approfonditamente la relazione Stato/etnie così come si configura oggi nei paesi di nostro interesse, nei paesi del Mercosud.

2. Costituzioni e diritti nazionali (civile e penale)

Spesso gli autori che si occupano di analisi del rapporto etnie/diritto nazionale in America Latina riconoscono allo Stato l'impegno alla realizzazione di un *proyecto multicultural*,¹⁰ sempre meglio delineato e definito già alla fine del secolo scorso.

In questo processo di riconoscimento dei diritti dei gruppi etnici e delle minoranze sembra che più paesi si siano di fatto mossi all'unisono e con crescente impegno, fino a giungere alla codificazione delle nuove Costituzioni dei paesi del Mercosud e alla loro approvazione negli anni '90 del secolo scorso: Brasile 1988, Paraguay 1992, Argentina 1994, Uruguay 1997, Venezuela 1999. Con Costituzioni di questo genere vengono riconosciuti ai gruppi etnici diritti politici specifici (diritto di rappresentazione ecc.), ovvero chiarissimi diritti collettivi. Siffatte Costituzioni sono fra le più avanzate al mondo, sicuramente per quanto riguarda quelli che possiamo definire i diritti etnici.

Rileggere alcuni articoli di queste Costituzioni, come di altre dell'America Latina,¹¹ ci aiuta ad evocare con certezza lo spirito che può animare la futura struttura di relazione gruppi etnici/Stato e soprattutto la struttura di relazione diritto consuetudinario/diritto ordi-

⁹ Relativamente all'uso strumentale del diritto internazionale e del "diritto dei popoli", cfr. ad esempio l'impegno di alcune multinazionali della pesca nel riconoscere diritti di caccia alla balena ad alcune piccole comunità indigene, dalle quali poi acquistano il prodotto, scavalcando così le restrizioni internazionali. Cfr. Maffei 2007; Harris 2002-2003.

¹⁰ Fontaine 2001

¹¹ Per analoghe riflessioni a proposito degli artt. 83, 84, 85 della Costituzione dell'Ecuador, 5 giugno 1998, cfr. Palmisano 2005:109-122.

nario, ovvero la struttura delle relazioni fra ordinamento delle società locali, da una parte, e diritto civile e penale statale, dall'altra. E permette una serie di riflessioni.

Gli artt. 22, 109, 129, 210, 215, 231 della Costituzione del Brasile mostrano un atteggiamento "protettivo" dello Stato nei confronti delle comunità indigene piuttosto che un atteggiamento interattivo, pur nel riconoscimento dei diritti di proprietà sulle terre e sulle risorse del suolo e del sottosuolo.¹² Tali diritti, tuttavia, dichiarati inalienabili e imprescrittibili, "poden ser efetivados" solo con il nulla osta del Congresso Nazionale. Cosa tutto ciò comporti è materia di discussione nazionale permanente in Brasile.

Con gli artt. 62, 63, 64, 65, 66, [67], 140, 268 della Costituzione del Paraguay viene riconosciuta alle società indigene una priorità storica nei confronti dell'assetto statale.¹³ Al

¹² Della Costituzione del Brasile, cfr. in particolare: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ...XIV - populações indígenas. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: ...XI - a disputa sobre direitos indígenas. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ...V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. Art. 210, § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Art. 215, § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens... § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis."

¹³ Relativamente alla Costituzione del Paraguay, cfr.: "Artículo 62. De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. Artículo 63. De la identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Artículo 64. De la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen 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. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescritibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos. Artículo 65. Del derecho a la participación. Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las Leyes nacionales. Artículo 66. De la educación y la asistencia. El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural. Artículo 67. De la exoneración. Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la Ley. Artículo 140. De los idiomas. El Paraguay es un país pluri cultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La Ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del

contempo, questi articoli manifestano uno sforzo di tutela delle identità locali anche in forza del recupero delle forme etniche dell'ordinamento sociale, ovvero dei diritti consuetudinari. Resta da interpretare in tutta la sua portata sociale e politica l'art. 67: cosa significa politicamente e socialmente "exonerar"?

Fra le *Disposiciones transitorias* della Costituzione dell'Argentina, la Prima è particolarmente indicativa, per quanto appunto transitoria.¹⁴ Il recupero delle Isole Malvine alla sovranità argentina è obiettivo permanente ed irrinunciabile, nel rispetto del "modo de vida de sus habitantes". Ma contando anche su questa *Disposicion* e sul futuro richiamo al principio della "autodeterminazione dei popoli", la Gran Bretagna persegue oggi una sorprendente politica di popolamento anglosassone, accelerata e di fatto forzata, delle stesse Isole Malvine.

Nessun articolo della Costituzione dell'Uruguay tratta delle questioni connesse con le società indigene: si ritiene in effetti che non vi siano comunità indigene...

Gli artt. 9, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 156, 186, 260 della Costituzione del Venezuela appaiono particolarmente sviluppati e esaurienti in merito alle questioni delle società indigene e locali.¹⁵ Riconoscono difatti chiaramente la proprietà delle terre

patrimonio cultural de la Nación. Artículo 268. De los deberes y de las atribuciones. Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 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..."

¹⁴ Per quanto riguarda la Costituzione dell'Argentina, cfr.: "Disposiciones transitorias - Primera: La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino."

¹⁵ Per la Costituzione del Venezuela, cfr.: "Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad. Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley. Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley. Artículo 121. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones. Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos. Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prác

e delle risorse a “los pueblos y comunidades indígenas”, qualificando tale proprietà come “propiedad colectiva”; una proprietà estesa anche al campo delle idee e delle tecnologie indigene (art. 124). Sempre alle stesse società viene riconosciuto il diritto non solo a mantenere ma anche a sviluppare “su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto”. Ma ancora più sorprendente e interessante è il riconoscimento del diritto alla pratica di una economia sociale e non liberista (art. 123); un riconoscimento che oggi, nel mondo della globalizzazione imposta dai mercati finanziari, risulta essere un riconoscimento del diritto dell'uomo, ovvero di tutti, alla libertà. Del resto, l'art. 126 specifica che “El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”. Lo stesso art. 260, infine, riconoscendo alle società indigene il diritto all'esercizio autonomo delle forme della mediazione e della realizzazione della giustizia, ribadisce il riconoscimento del diritto di giurisdizione, ovvero della stessa sovranità, e se ne fa garante statale.

ticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral. Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales. Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley. Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional. Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: ...32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; ...; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; ... Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país. Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas. Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres. Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso. Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas, Ley Orgánica de Educación y Ley Orgánica de Fronteras.”

3. Diritto civile e penale nazionale

Attraverso una Costituzione è possibile dunque riconoscere e ri-stabilire entità territoriali indigene. Ma il punto è che le leggi ordinarie si ritrovano indietro rispetto a queste Costituzioni: spesso non prevedono ad esempio che tali entità percepiscano *rentas* dallo sfruttamento delle risorse naturali.

Alcuni autori vedono in questa contraddizione la presenza di una ideologia di fondo che, in nome di una valorizzazione degli interessi strategici statali, svantaggerebbe tanto le dinamiche culturali indigene quanto la realtà degli ecosistemi.¹⁶ Questi autori vedono dunque in questa contraddizione una vera e propria volontà di danneggiamento delle comunità indigene ad opera dello Stato, e non una contingenza storica che va invece superata nel corso dell'attività politica attuale. Non ritengo di poter sostenere con altrettanta certezza questa posizione analitica; non ritengo cioè che nel permanere della scarsa adeguatezza della legge ordinaria rispetto alla Costituzione vi sia una volontà di danneggiamento delle comunità indigene. Piuttosto, ritengo oggi che spesso, e soprattutto in proiezione futura, oltre a deficit di cultura giuridica e antropologica, vi possano essere interessi internazionali capaci di condurre a termine un processo di strumentalizzazione e appropriazione funzionale dei cosiddetti "diritti delle popolazioni indigene", a detrimento degli interessi delle stesse comunità e degli stessi interessi nazionali: processi apparentemente filo-indigenisti, di fatto filo-corporativi e anti-statalisti.

Vedo dunque ben altro che una volontà statale negativa e anti-indigenista nella arretratezza legislativa ordinaria rispetto alle dichiarazioni costituzionali. Infatti, riconoscendo l'esistenza e la legittimità degli interessi di una istituzione in sé multiculturale e rappresentativa della varietà e ricchezza di pensiero della nazione –quale può e deve essere lo Stato-, interessi rappresentati come riconoscimento degli interessi di tutti i gruppi, anche etnici, ad opera della Costituzione, rilevo piuttosto una problematica di tipo strutturale –una incapacità strutturale- fra dinamiche locali e dinamiche nazionali: la pratica del riconoscimento politico dello "altro" si manifesta nella produzione di una normativa immediata, quasi quotidiana potremmo sostenere, al di là delle affermazioni costituzionali. E questo prevede un processo di studio e ricerca, definizione ed analisi, che comporta una certa complessità e durata.

In altri termini, rilevo che, da una parte, mi trovo di fronte a codificazioni costituzionali affascinanti e perfino sorprendenti per la loro lungimiranza; dall'altra, mi confronto con un *corpus juris* –il diritto civile e penale dello Stato- che ancora non risponde a questa elasticità e intelligenza costituzionale. E' un *corpus juris* che rappresenta comunque lo Stato; ne è l'espressione, anche se parzialmente obsoleta. E forse è anche espressione di

¹⁶ Fontaine 2001

interessi di gruppi ristretti di potere, di soggetti politici non definibili in termini etnici. Questo *corpus juris* è comunque un passo indietro nel processo del dialogo multiculturale varato dallo Stato, ovvero è marginale rispetto al *progetto multiculturale*. Un passo indietro ma non un passo contro!

A questo *corpus juris* si giustappone di fatto, e sottolineo “giustappone” anziché “contrappone”, il *corpus juris* consuetudinario, il diritto non scritto ma praticato giornalmente dalle comunità locali e dai gruppi etnici. Ovvero, al diritto ordinario si giustappone la prassi di costituzione dell’ordine delle comunità locali, dei gruppi locali e di discendenza che chiamiamo etnie: una prassi che è inscritta innanzitutto nella lingua oltre che nelle tradizioni sociali e culturali, e forse ancor più nei rituali e nelle visioni religiose di questi gruppi.¹⁷

Ma questo *corpus juris* oggi va definito affinché assuma rilievo in quel processo di dialogo istituzionale che porta alla revisione e arricchimento del *corpus juris* nazionale.

Insomma, i due diritti –statale e consuetudinario- si giustappengono di fatto, perché entrambi rappresentano realtà sociali specifiche prima che realtà nazionali, e perché sono l’espressione di comunità che non sempre sono definibili precisamente ma che comunque, proprio con questo stesso sistema di regolamentazione dei rapporti interpersonali, contribuiscono alla propria autodefinizione. Ovvero, perché sono espressione della concezione dell’ordine sociale di categorie antropologiche incommensurabili: classi ed etnie. Allora, i due diritti sono concepiti come espressione di ciò che ognuno finisce per chiamare giustizia. E a questa anelano.

Come ogni *corpus juris*, infine, entrambi –statale e consuetudinario- sono anche manipolabili. Ma vi è una differente capacità di contribuire al processo di trasformazione evolutiva dello Stato, proprio in direzione della concretizzazione delle asserzioni costituzionali. Uno dei due, il *corpus juris* del diritto consuetudinario, infatti, è un *corpus juris* non scritto e non definito in termini tali da poter essere considerato patrimonio attivo dell’intera comunità nazionale. Ecco allora la necessità di un’opera di definizione di questi diritti consuetudinari e locali. Ecco allora, per esempio, l’importanza di una definizione specifica ed esaustiva di quelli che sono i diritti di proprietà collettiva sulle terre e la concezione locale di sfruttamento delle risorse naturali. Questa definizione e queste definizioni, insomma, prima che essere interpretate come rivendicazione di diritti di fronte allo Stato andrebbero considerate come contributo locale all’opera di ridefinizione del *corpus juris* nazionale, come notevole sforzo etnico mirante al suo arricchimento e potenziamento nel contesto della modernità del paese.

Probabilmente, ci troviamo nella fase storica e antropologica di *juridización* delle richieste indigene, come del resto più autori rilevano.¹⁸

¹⁷ Nei rituali e nelle liturgie, ordine linguistico e ordine del mondo, parola, *pronunciación* e giudizio tendono a coincidere. (Cfr. Palmisano 2002)

¹⁸ Gomez Rivera, M. 1997:106; Iturralde, D. 1998:164

Il riconoscimento sociale, dunque, dell'etnicità come potenziale fattore di crescita per la società *in toto* e la sua istituzionalizzazione passano attraverso la riforma del diritto, innanzitutto del diritto nazionale. Ma il diritto nazionale è l'espressione del dialogo giuridico oltre che politico. Dunque, del dialogo fra specifici diritti (diritto di famiglia, diritto commerciale, ma anche diritto marittimo, diritto bancario ecc.) all'interno di sistemi di valori: all'interno dello stesso sistema di valori che gemina il diritto penale, ovvero che partorisce tutti i diritti che regolamentano le punizioni per i crimini, dunque per le azioni che convergono poi nel diritto penale.

Nel dialogo fra i diritti, manca la voce dell'intera categoria del diritto consuetudinario; una voce che non viene ascoltata se non per semplice intervento di singoli individui, all'occasione chiamati nominalmente a partecipare alla ricostruzione, elaborazione e interminabile affinamento del processo giuridico. Manca cioè una raccolta sistematica e una pubblicazione critica e commentata del diritto consuetudinario. Manca una messa in scena pubblica dei diritti locali. Manca una messa in scena in grado di permettere una presa di conoscenza, piuttosto che di coscienza, e una conoscenza reale da parte degli attori sociali della vastità e diversità, della ricchezza espressiva della relazione fra persone e della relazione fra persone e istituzioni e della relazione fra attori sociali e mondo all'interno del quale agiscono che è caratteristica del diritto consuetudinario, dei diritti locali. Manca insomma una messa in scena del diritto consuetudinario ad opera di gruppi etnici e di Stato, se non come semplice rivendicazione *ad hoc* di generici diritti di minoranze etniche in contrapposizione allo Stato.

Questa messa in scena dei diritti consuetudinari è tanto mancata quanto necessaria, proprio perché le etnie non corrano il rischio di essere fagocitate nei processi di globalizzazione, in difesa dunque dei principi costituzionali espressi dagli artt. Sopraccitati.

Quanto queste cosiddette minoranze sono minoranze? Quanto i gruppi etnici sono di fatto menomati dalla pratica di riduzione della legge (che è espressione di un mondo intero di valori e di azione) in rivendicazione di diritti disarticolati, dunque di riduzione del soggetto storico-politico in soggetto contingente? di riduzione dell'attore sociale in agito sociale?

Generalmente, gruppi etnici si definiscono per contrapposizione a gruppi etnici "altri", ovvero ai vicini: la loro immediata exteriorità. Difficilmente però questa identità per contrapposizione è data da un'interpretazione dei processi storici e politici. Tale definizione per opposizione è fornita piuttosto dalla prassi quotidiana della diversità culturale, dalle consuetudini, dal cibo, perfino dal vestiario, dal sistema dei racconti e dalla lingua. In altri termini, la diversità è data dalla sua visibilità, e immediata comunicabilità, percepita in termini di contrapposizione. Qualche volta si tratta di una contrapposizione complementare, ovvero di giustapposizione; e quindi risulta produttiva per tutti. Ma mai l'identità è data dalla poca visibilità di un pensiero diversamente interpretativo dei processi storici.

Almeno, questo è vero in termini “emici”, ovvero nella prospettiva degli attori sociali; sempre che questi non abbiano fatto propria, e totalmente interiorizzato, la lezione disgiuntiva compiuta da analisti sociali prima ancora che da attori sociali.

Ha poco senso dunque occuparsi di diritto esclusivamente inteso come rivendicazione di diritti da parte di comunità locali nei confronti dello Stato. Ha senso occuparsi soprattutto di diritto come produzione di un *corpus juris*, oggi in forma orale e domani in forma scritta, realizzato da sempre nel corso del divenire storico da parte di queste comunità, un diritto che è da valorizzare proprio all’interno del *proyecto multicultural* nel quale molti Paesi dell’America Latina sono impegnati.

Si tratta dunque di valorizzare i diritti locali, i diritti consuetudinari, dunque di potenziare il dialogo interistituzionale; e con esso, la fondazione di un ordine davvero equo...

Quanto però questi generici diritti sono o possono essere contingentemente strumentalizzati nel contesto globale?

Ecco la questione che merita un’attenta analisi e una risposta.

4. Diritto internazionale e ordine dei mercati

Attualmente, la domanda primaria pare infatti essere: quale è il diritto internazionale oggi vigente? Ovvero, quale è il sistema di ordinamento sociale oggi imperante?

Qualunque sia tale diritto nella sua specificità, qualunque sia tale ordinamento nella sua articolazione, entrambi partecipano alla costituzione di un nuovo ordine mondiale e di questo ne sono il riflesso: l’ordine post-globale.¹⁹

Le società moderne, infatti, fanno riferimento costante nella loro autorappresentazione al modello del mercato autoregolatore. Questa autorappresentazione offrirebbe in sé, nella prospettiva di queste società, garanzia di legittimità all’azione sociale e politica di uno Stato, per definizione non invadente la vita quotidiana dei suoi cittadini e non lesiva dei diritti individuali. La stessa struttura sociale, ad esempio, è spesso rappresentata in termini di mercato. L’Occidente moderno –ma ormai non solo l’Occidente- rappresenta il mondo intero come mercato; fortunatamente, lo rappresenta ancora come mercato di scambio (commerciale) e non come mercato finanziario, mantenendo così la valenza dello scambio sociale e politico che è implicita nel concetto di mercato di scambio, ma non riscontrabile in quella di mercato finanziario.

L’indiscutibile presenza di un “mercato globale” costituisce il nuovo palcoscenico giuridico sul quale si muovono oggi gli attori sociali postglobali. Questo mercato globale

¹⁹ Per mondo post-globale intendo il mondo nel quale le grandi recite e le ideologie non sono estinte ma bensì sono nascoste: un esempio è dato dalle imperiture ideologie del razzismo, dell’individualismo e più recentemente del super-individualismo corporativo, come pure dell’eguaglianza “sviluppo economico è sviluppo”.

sostituisce la struttura di relazioni determinata da ciò che è definito nazionalmente e situazionalmente come comportamento rispettoso delle norme: paradossalmente, anche una azione giudicata in precedenza come non propriamente etica diviene così, agevolmente, una azione legittima; e chi subisce questa azione diviene un fuorilegge, se vi si oppone.

Ci troviamo dunque di fronte ad un nuovo ordine giuridico transnazionale: l'ordine del mercato. L'ordine dato dalle relazioni fra attori economici diviene ordine giuridico. Altro che "diritto internazionale": è l'ordine giuridico transnazionale imposto dai mercati (finanziari) a trionfare!

Insomma, si tratta di un diritto che assomiglia a un grande gioco di politica economica internazionale, oggi quasi una pièce teatrale, con un numero enorme di attori coinvolti sulla scena: società nazionali, etnie, minoranze, individui; *anche* Stati. E' soprattutto una "giurisprudenza degli interessi", interessi di grandi *transnational holdings*, a volte veri e propri "cavalli di Troia" di altri Stati. Questo è *de facto* e *de jure* il "diritto internazionale" realmente operante. E' un diritto ovviamente extra-statuale, forse perfino è un "diritto senza Stati".

Ma può esserci mai, davvero, un *diritto senza Stato*? un diritto nel quale le società nazionali, le etnie, le minoranze, gli individui ecc. siano attori primari capaci di interagire in un equilibrio equo, almeno potenzialmente garantito?

Ma quando lo Stato non è più la giustificazione ultima né la forza d'unione per un sistema giuridico, come può essere sostenuto e mantenuto nella vita pubblica quotidiana un diritto unificato ed uniforme? Attraverso trattati e dichiarazioni di principio?

La UE, ad esempio, è costituita come un contratto, nella forma di trattati, per il trasferimento *de facto* di sovranità nazionali ad istituzioni sopranazionali. E' allora interessantissimo considerare tali Trattati come tendenti a realizzare una sorta di *diritto senza Stato*.

Più precisamente, forse, i trattati realizzano un *diritto senza Stati*. Questo è di fatto accaduto quando i cittadini si sono messi a contrattare sovranità. "Contrattare" è la realizzazione del pensiero giuridico nei suoi fondamenti; "trasferire sovranità" è quanto invece scuote le fondamenta della legittimità del diritto, propria degli Stati nazionali.²⁰ Ora, può un trasferimento di sovranità venire realizzato seguendo le regole del contratto, e del mercato, traslando e istituendo la sua fonte di autorità e di legittimazione proprio attraverso e nello specifico atto di trasferimento? un atto, insomma, che diverrebbe fonte normativa, tale da costituire un nuovo *diritto senza Stato*? Insomma, può il *diritto senza Stato*, o meglio il *diritto senza Stati*, essere realizzato attraverso l'applicazione di un diritto iniziato dallo Stato, o meglio dagli Stati, attraverso la proliferazione di trattati?

La formazione dell'identità dei cittadini di Mercosud è così, evidentemente, uno dei

²⁰ Brockman 2000, pag. 6

problemi nella vita pubblica di questi Paesi. Il teorema *diritto senza Stato* è probabilmente l'espressione più appropriata di questo processo di fondazione delle identità.²¹ Un'analisi dei trattati enfatizza le questioni giuridiche formali correnti, come se nel contesto post-globale la formazione d'identità appartenesse alla dimensione antropologica. L'attenzione al "multiculturalismo" come attenzione ad un processo di formazione d'identità europea e/o latino-americana costituisce una delle più grandi ed importanti sfide ai soggetti giuridici in Europa e in America Latina.

I soggetti giuridici in questi continenti sono stati educati all'evidenza di un diritto basato sullo Stato. A questa idea siamo stati formati; mentre oggi di fatto concretizziamo un nuovo diritto che non è espressione di uno Stato nazionale. Oggi tutti i Paesi della UE, ad esempio, fanno esperienza di una situazione in effetti diversa, come se uno scisma fondamentale, all'interno del paradigma giuridico stesso, fosse al lavoro; uno scisma che non è stato pienamente compreso dalle amministrazioni di questi Paesi, né dall'amministrazione di organismi quale UE e Mercosud.

5. Il diritto nel mondo post-globale: il mercato e la giuridificazione

In questa epoca post-globale, così come definita, è dunque in corso un processo di grande interesse: la fondazione e formazione di un *diritto senza Stato*. Questo processo è a uno stadio molto avanzato, più di quanto si riconosca e si immagini. E questo resta preoccupante. Stiamo assistendo difatti ad una trasformazione negli attori e soprattutto nella produzione normativa, muovendoci verso una moltiplicazione degli attori e della produzione normativa. Tutto ciò appare inquietante, specialmente quando si considera la virtualità dei mezzi di comunicazione: spesso non si conosce da chi sia prodotto effettivamente questo ordine-diritto né cosa sia realmente prodotto, con quali effetti e in quale momento tali effetti saranno riconoscibili. La manipolazione degli attori sociali, di fatto, continua.

"I diritti umani", nella loro portata ideologica, sono parte di questa negazione delle grandi recite che è in se stessa una grande recita? In questo contesto analitico, "i diritti umani" possono perfino apparire come una ideologia quantomeno ambigua, forse pericolosa per le democrazie e per la vita sociale di miliardi di persone.

Come von Jhering ha rilevato, difatti, non esiste altro nel diritto se non una *Interessenjurisprudenz*: non vi è mai stato nella storia dell'umanità un diritto che non sia stato rivendicazione di interessi.²² Allora, rivendicazione dei "diritti umani" è rivendicazione di quali interessi? da parte di chi? Oggi più che mai ha senso porsi questa domanda: da chi nasce tale ideologia? da chi vuole uno Stato sempre più debole? da chi oggi pensa

²¹ Broekman 2000, pag. 6

²² Von Jhering 1963 (1872)

che il potere dello Stato sia ormai superabile proprio in termini di giuridificazione? Le etnie, le identità, a questo punto, sono totalmente svuotate di senso ad opera del processo di giuridificazione descritto. Ma chi gestisce attualmente questa policentrica e frammentata macchina giuridica? Ora, abbiamo un *diritto senza Stato*; ma solo perché l'ordine che fronteggiamo è l'ordine del mercato finanziario, saldamente esistente, e non per scelta consensuale dei cittadini del mondo.

Se è plausibile quanto qui affermato, siamo di fronte a qualcosa di nuovo: anche l'ideologia dei diritti umani non è altro che proprio ideologia, in un mondo di grandi recite nascoste, e cioè una ideologia che nasconde interessi. Interessi dei gruppi etnici? delle minoranze? O dei più forti? Risulta infatti difficile credere in questo battersi negli interessi delle minoranze da parte di attori di dubbia identità. Se nella prassi giornaliera, durante il mio lavoro all'interno delle organizzazioni internazionali, guardo a chi si batte per questi diritti, resto perplesso nel riconoscere gli attori: nella gestione dei diritti umani rilevo una burocrazia che ha una chiara matrice.

Al contempo, rilevo che anche un certo relativismo culturale consiste in una grande recita. Il multiculturalismo certamente contrasta con il mercato, con la logica del mercato: e sappiamo anche che la cultura è plurale, e non si può né vendere né comprare. Ma anche il multiculturalismo è, infine, esposto al mercato.

Esiste insomma una differenza fra il mercato di scambio e il mercato finanziario, ma l'ordine mondiale attuale è comunque un ordine di mercato prima ancora che un ordine giuridico in senso stretto, perché la giuridificazione passa attraverso le relazioni di mercato. Quindi lo stesso multiculturalismo, che pure è una possibilità di libertà, ricade in questa problematica: far parte di strumentalizzazioni di questo genere e quindi subire anche esso processi di mercificazione, pur nella possibilità di una risposta sociale e politica adeguata.²³

6. Verso nuove identità

Le già esistenti relazioni conflittuali Stato/comunità indigene si riproducono e moltiplicano, almeno sul piano della rappresentazione: esse sono considerate in prospettiva indigena come asimmetriche, esattamente come asimmetrico è percepito il rapporto con il mondo Occidentale –almeno quando è neo-liberista e iper-liberista.²⁴

Una certa economia liberista, difatti, si manifesta come strumento e espressione di ideologie totalitariste (seppure camuffate), come espressione di una visione ancora razzista e darwiniana del mondo sociale: interpretazione liberista e “metodista” del Vecchio

²³ Cfr. ad esempio il già trattato caso di Otavalo, in Palmisano 2006b.

²⁴ Cfr. Palmisano 2006a, pp. 191-198.

Testamento, con trasformazione ultima dell'etica protestante, almeno rispetto all'etica protestante così come definita dall'analisi di Max Weber.

La plutocrazia, attraverso l'azione delle *transnational holdings*, diviene il linguaggio esprimibile di un inconfessabile *Wahn*: il "popolo eletto", o meglio, laicamente autoeletto, ricompare nel novero delle ideologie sempre operative, questa volta attraverso la specifica ideologia del *self made man*; del resto, al "popolo" come soggetto giuridico e storico si è sostituito da tempo lo "individuo". Ed è questo *self made man* organizzato in *transnational holdings* oggi a dettare il nuovo ordine.

Costituzioni, *corpus juris* nazionale e *corpus juris* consuetudinario, perfino diritto internazionale o diritti internazionali, nel loro spesso pur difficile dialogare, già da tempo sono determinati dai processi d'ordine dei mercati, come pure ne sono influenzate le identità dei rispettivi interessati. E lo saranno ancora maggiormente nel prossimo futuro.

Bibliografia

Adams, Richard N. (ed.)

- *Ethnic Conflict and Governments in a Comparative Perspective*, Washington D.C., The Latin American Program, Working Papers Series no. 215, 1995

Almeida, Ileana y Arrobo, N.

- *En defensa del pluralismo y la igualdad. Los derechos de los pueblos indios y el Estado*. Quito: Fundación Pueblo Indio-Ediciones Abya Yala, 1998

Belohradski, Vaclav

- "La globalizzazione e i paradossi del multiculturalismo", in *Identità linguistica delle popolazioni indigene della regione andina II: un approccio multidisciplinare*. Palmisano, A.L. e Cataldi, G. (a cura di). Quaderni IILA, Serie economica n. 30. Roma: IILA, 2006

Broekman, Jan M.

- "Juristischer Diskurs und Rechtstheorie", in *Rechtstheorie*, Vol. XI, 1, 1980

- *Recht en Anthropologie*. Brussels: E. Story-Scientia, 1991

- *A Philosophy of European Union Law*, Paris/Leuven: Peeters, 1999

- "Solidarity and Multiculturalism". Paper presented at *The 1999 World Congress*, New York May 2000

Diaz, Raoul

- *La interculturalidad en debate. Apropiaciones teóricas y políticas para una educación desafiante*. Universidad Nacional del Comahue (Argentina), 5 de marzo de 2003, http://www.aulaintercultural.org/article.php?id_article=80

Conejo, Mario

- "Espacios hegemónicos de la lengua kichwa en el campo de la educación, la política y en la producción escrita", in *Identidad lingüísticas de los pueblos indígenas de la región Andina I*, Ariruma Kowii (compilador). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ediciones Abya-Yala, 2005

- "Interculturalidad e importancia de una comunicación multilingüe", in *Identità linguistica delle popolazioni*

- indigene della regione andina II: un approccio multidisciplinare*. Palmisano, A.L. e Cataldi, G. (a cura di). Quaderni IILA, Serie economica n. 30. Roma: IILA, 2006
- Fiss, Owen
- “The immigrant as Pariah”, in *Boston Review*, October-November 1998
- Fontaine, Guillaume
- “Eficencia política de la etnicidad en América Latina”, en *Cuadernos sociológicos*, 2, Quito, PUCE, 2001
- Gómez Rivera, Magdalena (coord.)
- *Derecho indígena*. México: Instituto Nacional Indigenista Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1997
- Habermas, Jürgen e Taylor, Charles
- *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Feltrinelli, Milano 1988
- *Faktizität und Geltung*. Suhrkamp, Frankfurt/M., 1992
- Harris, A. W.
- “Making the Case for Collective Rights: Indigenous Claims to Stocks of Marine Living Resources”, in *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 15, 2002-2003:379-423
Hutchinson, John and Smith, Anthony D. (eds.)
- *Ethnicity*. Oxford: Oxford University Press, 1996
- Ibarra, Alicia
- *Los Indígenas y el Estado en el Ecuador*. Quito: Abya-Yala, 1987
- Iturralde, D., Alta, V., Lopez Basols, M.A. (comp.)
- *Pueblos Indígenas y Estado en América Latina. Memoria del Colloquio Pueblos Indígenas y Estado en América Latina, Quito, Julio 1997*. Quito, Abya-Yala, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998
- von Jhering, Rudolf
- *Der Kampf ums Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963 (1872)
- Maffei, M. C.
- “La Dichiarazione di Saint Kittis e Nevis: una svolta della Commissione baleniera internazionale”, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2007:137-158
- Marques-Pereira, B., Bizberg, I. (coord.)
- *La Citoyenneté sociale en Amérique Latine*. Paris: CELA-IS/L’Harmattan, 1995
- Palmisano, Antonio L.
- “Esercizi in mistica pagana: suono e parola divina nei culti *zar* dell’Etiopia”, in *Africa*, LVII, 4, 2002:1-31
- “Identidad étnica y relación entre derecho consuetudinario y Estado”, in *Identidad lingüísticas de los pueblos indígenas de la región Andina I*, Ariruma Kowii (compilador). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ediciones Abya-Yala, 2005:109-122
- *Tractatus ludicus. Antropologia dei fondamenti dell’Occidente giuridico*. CNR, Istituto di Studi Giuridici Internazionali. Monografie 6. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006a
- “Multiculturalità e diritto nel mondo post-globale”, in *Identità linguistica delle popolazioni indigene della regione andina II: un approccio multidisciplinare*. Palmisano, A.L. e Cataldi, G. (a cura di). Quaderni IILA, Serie economica n. 30. Roma: IILA, 2006b:113-130
- *Identità linguistica delle popolazioni indigene della regione andina II: un approccio multidisciplinare*.

- Palmisano, A.L. e Cataldi, G. (a cura di). Quaderni IILA, Serie Economia n. 30. Roma: IILA, 2006c
- *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosur come fattore di integrazione e di sviluppo*. Palmisano, A.L. (a cura di). Quaderni IILA, Serie Economia n. 31. Roma: IILA, 2007a
 - "Introduzione. Le identità indigene e la *cuestión de los pueblos originarios*", in *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosur come fattore di integrazione e di sviluppo*. Palmisano, A.L. (a cura di). Quaderni IILA, Serie economica n. 31. Roma: IILA, 2007b
 - "Immagine e rappresentazione indigena verso la ri-appropriazione sociale, culturale e economica", in *Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosur come fattore di integrazione e di sviluppo*. Palmisano, A.L. (a cura di). Quaderni IILA, Serie economica n. 31. Roma: IILA, 2007c
- Sánchez Parga, José
- "La política sin "centro" y el centro sin sociedad: mayo 1994". En *Ecuador Debate*. No. 32. Quito: CAAP, 1994
- Sandel, Michael, J.
- *Democracy's Discontent*. Harvard University Press, 1966
- Schütz, Alfred
- *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt. Eine Einleitung in die verstehende Soziologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981 (1932)
 - *Theorie der Lebensformen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981
 - *Das Problem der Relevanz*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982
- Stavenhagen, Rodolfo
- "Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 10, 1989:39-64
 - *Conflictos étnicos y estado nacional*. México: Siglo Veintiuno, 2000
 - *La cuestión étnica*. México: El Colegio de México. Centro de Estudios Sociológicos, 2001
- Stavenhagen, R.; Iturralde, D. (Compiladores)
- *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Inst. Indigenista Interamericano/ Inst. Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990
- Taylor, Charles
- "The Politics of Recognition", in Amy Gutman (ed.), *Multiculturalism*. Princeton University Press, 1994
- Torres, R.
- "The rights of indigenous populations: the emerging international norm", *Yale Journal of International Law*, 16, 1991:127-175

INTERVENTO INTRODUTTIVO SU “L’IDENTITÀ DEI POPOLI INDIGENI: ASPETTI GIURIDICI, ANTROPOLOGICI E LINGUISTICI”

Luigi Maria Lombardi Satriani*

Sono molto grato, sia alla Facoltà di Scienze Politiche di questa illustre Università degli Studi di Siena, sia all’Istituto Italo-Latino Americano, organizzatori di questo importante convegno, per avermi conferito l’onore di presiedere questa seduta conclusiva.¹

Ho accettato con piacere l’invito, e non lo dico per generica cortesia di ospite, perché mi sembra che la tematica che è oggetto di questo convegno, “L’identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici”, sia oggi particolarmente importante. Il dibattito sull’identità si fa infatti carico oggi di quei processi, sia di disgregazione come di faticosa riaggregazione, che si vanno svolgendo nelle diverse società che entrano in contatto reciproco e che subiscono processi di deculturazione e di globalizzazione; società che, nonostante questo, oppongono volontà di resistenza alla globalizzazione culturale in atto. Mi sembra che si tratti di un convegno estremamente importante, che possa dare un contributo al dibattito, proprio partendo dall’analisi di realtà specifiche. E già gli illustri relatori di oggi pomeriggio, mostrano come le diverse realtà possano presentare modalità tali da illuminare anche la problematica generale.

Questa è la seconda fase del seminario sulla “Identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e di sviluppo”, mentre la prima fase si era conclusa a Asunción, e ne abbiamo già un brillante sbocco editoriale. Se è vero che *verba volant, scripta manent*, ciò significa che c’è bisogno di tracce scritte delle parole che sono state dette, anche se le parole dette possono avere una loro carica seduttiva. *Verba volant* può comunque rinviare al carattere aereo, leggero, ma suggestivo, della comunicazione orale. Del resto, Corrado Bologna ha notato questa dimensione seduttiva della parola detta, e ha parlato del volo della parola rispetto alla sporgenza realistica delle tracce scritte. In questo caso noi abbiamo sia parole dette che parole scritte. Anche queste parole, che oggi ascoltate e ascolteremo, sono e saranno parole dette, ma si tradurranno poi in un volume e, quindi, diverranno parole scritte.

Tematica di estremo interesse è quella rappresentata dalla “identità”, uno dei capisaldi di cui si è sviluppata la riflessione antropologica. La letteratura sulla “identità” è talmente

* Professore di Antropologia culturale e di Etnologia, Università di Roma “La Sapienza”.

¹ Nel testo –non riletto nelle bozze dal Prof. Lombardi Satriani per cause di forza maggiore- si è volutamente preservato il tono discorsivo che aveva caratterizzato l’intervento.

vasta che farei sicuramente torto alla vostra cultura, e torto persino a me stesso, se mi limitassi a richiamarne –cosa impossibile– i tratti più significativi. Quindi tacerò del celeberrimo seminario sulla “identità” di Claude Lévi-Strauss, o delle diverse polemiche sulla “identità”, identità come fattore irrinunciabile di aggregazione, o identità come obsoleto strumento di conoscenza, come strumento da abbandonare. “Identità” è tema contro il quale antropologi baldanzosi hanno, ultimamente, dichiarato guerra, partendo lance in resta. In realtà, prima di schierarsi, bisogna cercare di vedere i pro e i contro; anche se oggi, purtroppo, è tempo di crociate... Ma noi non abbiamo bisogno di crociate: il pensiero critico ha bisogno di problemi da affrontare, cogliendone le contraddizioni e i diversi aspetti, e non di schierarsi ideologicamente a favore di una metafisica dell’identità, o schierarsi, in maniera ugualmente ideologica, contro la tematica dell’identità. Dobbiamo piuttosto riflettere.

Prima di dare la parola ai relatori che, con maggiore efficacia problematica di quanto possa fare io, affronteranno i diversi aspetti di questo problema sulla base delle loro conoscenze, proprio perché la funzione che sono stato chiamato a svolgere non si risolve soltanto nel passaggio del microfono dall’uno all’altro relatore, vorrei fare qualche rapidissima, telegrafica considerazione.

Ho l’impressione che molte volte, quando parliamo di identità, finiamo per privilegiare un concetto di identità al singolare, come se non potesse esservi che una identità e che a questa identità noi dovessimo sacrificare tutto, e ove l’avessimo smarrita, ci dovessimo mettere faticosamente alla sua ricerca, e una volta ritrovatala dovessimo, in qualche maniera, depositarla in una banca ideale; perché questa identità è alimento del nostro essere nel mondo, e proprio il nostro *Dasein*, il nostro esserci, si radicherebbe su questa identità primigenia; e questo, molte volte, viene immaginato valido sia per gli individui che per i popoli, per le collettività. Ma siamo sicuri che l’identità si declini al singolare? Sarebbe infinitamente più fecondo declinarla al plurale. Per cui, non l’identità di un individuo o di un popolo, ma le identità di un individuo o di un popolo; perché l’identità ha un aspetto prismatico e dunque diverse facce: a seconda della interrelazione con l’uno e l’altro, può essere colto l’uno o l’altro aspetto d’identità. Non esiste, a mio avviso, un’identità autentica e delle identità posticce, inautentiche. Ogni tratto identitario è autentico, ma ogni tratto identitario si organizza in un rapporto. Nessuno di noi è un’isola; Henry Wadsworth Longfellow, ripreso da Ernest Hemingway, ammoniva: “non domandare a nessuno per chi suona la campana, essa suona per te”. Noi siamo parte di un insieme di relazioni e, quindi, non possiamo isolarci, proiettandoci in un empirico di identità in cui contempleremo solo noi stessi; ecco il mito di Narciso. Ma contemplare solo sé stessi può portare alla morte, alla pazzia. E allora noi siamo parte di relazioni, e quindi noi abbiamo tante identità, molteplici, che, volta a volta, si coniugano e si relazionano alle altrui identità, anch’esse aspetto prismatico di una realtà cangiante. Allora, se queste considerazioni, che faccio in maniera molto schematica e molto rapida, hanno una qualche plausibilità, avremmo una

molteplicità di identità nello stesso momento. Le identità, dalle tante facce –per cui un famoso drammaturgo siciliano parlò di “Uno, nessuno, centomila”–, fanno sì che nessuno possa pretendere di ancorare la propria esistenza ad una sola dimensione, ad una sola immagine. Luigi Pirandello ha intuito questa realtà, e la ha intuita con quella genialità con la quale, molte volte, drammaturghi, poeti e narratori colgono quanto la riflessione scientifica stenta a cogliere, perché, ingabbiata da una metodologia rigorosa, essa rinuncia alla possibilità dell’intuizione di qualcosa, e vi rinuncia perché deve dimostrarla, deve dimostrarla come tesi, con una metodologia; mentre il poeta, il narratore, il drammaturgo, può disinteressarsi alla metodologia e correre, anche attraverso il rischio dell’errore, a trovare qualcosa. “Uno, nessuno, centomila”, a mio avviso, riflette questa pluralità di identità.

Vi è poi un’altra dimensione da considerare, con la quale noi –dico “noi”, principalmente, ma ovviamente gli equivoci li attribuisco a me, semmai a qualche amico italiano: non invito certo a una riflessione che coinvolga, nelle responsabilità, anche gli ospiti o il dibattito internazionale–, noi abbiamo pensato che l’identità, per quanto prismatica, fosse immobile, immobile nel tempo. C’è un’identità italiana, e c’è un’identità siciliana e un’identità toscana; e siciliani e toscani passerebbero attraverso i secoli mantenendo questo fardello; si tratterebbe, appunto, di un’identità immutabile. Ma un senese, o un toscano, è uguale, come dimensione identitaria, ad un toscano del Duecento? Un siciliano contemporaneo ha qualcosa a che fare con l’identità di Ciullo d’Alcamo, e così via? Ancora, anche senza andare indietro nei secoli, l’identità dei figli, è uguale all’identità dei genitori? E i modi di comportamento, gli universi simbolici, i meccanismi di aggregazione, i rituali, sono proprio gli stessi? Certo, alcuni tratti permangono e molti tratti sono in mutamento. Anche per questo, noi dobbiamo parlare delle identità come di realtà mutevoli, per individuare cosa c’è che in qualche maniera permane, a dimostrazione che senza identità, quali che siano i processi che le hanno portate ad essere, i popoli non reggono, gli individui non reggono; quindi, identità come strumento essenziale per la sopravvivenza psichica e culturale delle comunità e dei singoli. Abbiamo dunque dei tratti che permangono, dei tratti che sperimentano mutamenti più o meno radicali e dei tratti totalmente innovativi, che hanno sostituito tratti precedenti, totalmente scomparsi. Il che, forse, ci mostra come sia irrinunciabile la fatica della ricerca.

Questi problemi non possono essere risolti una volta per tutte in nome di un’opzione ideologica, ma appunto solo attraverso la ricerca. Condurremo ricerche in Argentina o in Brasile o in Paraguay, o in Italia o in un’altra determinata regione del mondo, per vedere come la dialettica identità/alterità si coniughi, quali linguaggi esprima. “Quali linguaggi”, dico, perché gli aspetti linguistici sono fondamentali. La lingua, dunque, svolge un ruolo fondamentale, ma non la lingua intesa come insieme di termini e di regole grammaticali. La riflessione antropologica ha messo in luce tutto ciò, fin da Bronislaw Malinowski e Edward Sapir e tanti altri che hanno ricercato, fino al nostro Giorgio Raimondo Cardona,

etnolinguista di grande valore –collega dell’Università La Sapienza di Roma, e amico, anche, di alcuni di noi-, scomparso purtroppo alcuni anni fa, giovanissimo. La riflessione antropologica ha messo in luce che la lingua è sempre “lingua in situazione”. Quindi guarderemo agli aspetti linguistici, ma consapevoli che i linguaggi sono l’insieme delle modalità culturali attraverso le quali una società si esprime: un popolo declina i propri riti, i propri simboli, i propri universi, le proprie speranze, i propri bisogni, le proprie tecniche di risoluzione di problemi realistici e di problemi simbolici.

Ma, allora, non possiamo certo prescindere, se vogliamo comprendere le società attraverso i linguaggi –che sono sempre molto di più delle lingue astrattamente considerate, decontestualizzate-, dalla analisi di quel fenomeno che costituisce e rende possibile la permanenza della società nel tempo, che è quello della normatività giuridica.

Lo sforzo di incivilimento umano, ha cercato di aggiungere alla normatività religiosa la normatività giuridica, cioè la fissazione di alcune regole che stabiliscono la modalità dei rapporti e che vengono recepite con la convinzione che siano giuridicamente obbligatorie. Per cui, la stessa norma può essere al contempo oggetto di una prescrizione religiosa e di una prescrizione giuridica; ma il destinatario la percepisce attraverso una diversa modulazione della pena, nell’un caso il peccato, o, semmai, la pena eterna, ultraterrena, mentre nell’altro, ben più realistici provvedimenti, coattivi, di detenzione. E così via. Quindi, il diritto è un altro aspetto della realtà, è un aspetto della realtà, delle culture e dei popoli, ed è un aspetto che noi dobbiamo cogliere.

E qui si apre, e mi avvio alla conclusione, un problema di grande portata: di quale diritto parliamo? Solo del diritto dello Stato? Intanto, l’evoluzione del rapporto tra gli Stati ha portato ad una problematica giuridica nuova: penso al tentativo di individuare uno spazio giuridico europeo, o modalità comuni ai popoli d’Europa e agli Stati europei, ma anche al fatto che la nostra società stia diventando sempre più una società multiethnica. E quale risvolto ha tutto ciò sul piano del diritto? Si tratta solo di notare come i movimenti interetnici facciano coesistere diverse tradizioni statuali giuridiche, come se il diritto avesse solo origine statale? O, in maniera molto più stimolante, noi possiamo aderire alla prospettiva del pluralismo degli ordinamenti giuridici? Questo è proprio quanto una tradizione sociologica, pensiamo a Georges Gurvitch, o una tradizione giuridica, per l’Italia pensiamo a Giuseppe Capograssi e a Santi Romano, hanno messo profondamente in luce: abbiamo tanti ordinamenti giuridici, non solo statuali, e molte volte questi ordinamenti giuridici entrano fra di loro in contatto ma anche in conflitto. La stessa persona è destinataria di norme da parte di una pluralità di ordinamenti giuridici: quello della società ospitante, quello del proprio gruppo di appartenenza, quello che serve quale tratto identitario; ma altra norma la persona deve seguire, se vuole coesistere nella società che la ospita in maniera non conflittuale. Allora, abbiamo enormi problemi.

Forse, noi dobbiamo abbandonare la prospettiva non solo dell’identità unica ma

anche di un'identità che permanga impermeabile al rapporto con gli altri o che si senta minacciata dagli altri. La ricchezza dell'incontro interetnico consiste nel suo portare inevitabilmente al meticcio; e il meticcio non è un fatto negativo, un'impurità –e adotto qui in maniera provocatoria il concetto di meticcio, perché, appunto, alla sua origine conteneva una connotazione di disprezzo. Il meticcio culturale è dato dall'incontro interetnico, dalla fluidità interetnica; e tutto questo porta a degli aspetti giuridici, a dei linguaggi giuridici, estremamente complessi; aspetti e linguaggi che non possiamo, a mio avviso, assumere etnocentricamente. Vi sono alcuni popoli in cui la norma giuridica si traveste da norma religiosa. Il giudice, il sacerdote o lo stregone sono figure che coincidono. Possiamo noi, in una prospettiva occidentale, relegare questa norma a superstizione o a religione tribale e non coglierne la coattività giuridica? Certamente no! Allora, la proposta problematica che mi permetterei di fare in questa sede è, intanto, di assumere la prospettiva del meticcio culturale, non come qualcosa di negativo ma come una prospettiva da indagare per cogliere i diversi tratti identitari dei popoli; tratti che rispettiamo ma sui quali indagiamo, anche nella prospettiva di una composizione armonica e non conflittuale della vita tra appartenenti a tradizioni etniche profondamente differenziate. Certo, noi dobbiamo combattere i processi di disgregazione e di deculturazione, non però nel senso di ricostituire un sistema di fortezze non comunicanti, ma per attuare la possibilità di stare assieme, ognuno irrobustito nel proprio senso di appartenenza e ognuno potenziato dalla prospettiva dialogica; perché nell'incontro con l'altro si modifica l'io e l'altro, e ambedue ne escono arricchiti.

Sono piccole considerazioni, problematiche, che ho voluto esplicitare per motivare le ragioni per le quali ritengo che anche questa seconda fase di un seminario sull'identità linguistica –ma linguistica, nella mia accezione, nel senso che il linguaggio è le modalità e la casa dell'essere: “si è sempre in cammino verso il linguaggio” ha detto Martin Heidegger, quindi il linguaggio è la modalità di essere dell'uomo in società- sia particolarmente importante. E sono sicuro che anche i lavori di oggi, come i lavori di ieri, possano fornire un ottimo contributo affinché questa problematica possa essere ulteriormente approfondita e rischiarata.

LENGUAS EN DESPLAZAMIENTO Y EIB EN ARGENTINA. LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LAS IDEOLOGÍAS DEL LENGUAJE Y LAS ACCIONES DE REVITALIZACIÓN

Marisa Censabella*

Numerosos estudios sociológicos, antropológicos y lingüísticos contemporáneos reconocen las estrechas relaciones entre lenguaje, políticas e identidad. La dinámica de los procesos identitarios, sensible y cambiante según contextos, se actualiza con fines políticos a través de la acción humana, siempre acompañada de manifestaciones del lenguaje. Lenguas -en el sentido de códigos-, repertorios verbales -utilizados según normas implícitas de conducta social- y racionalizaciones referidas a aquéllos y a sus marcas estereotipantes, ponen en evidencia que la función *semiótica* del lenguaje trasciende la referencial, y que esta característica es intrínseca a toda sociedad humana. Para estudiar tanto la *práctica lingüística* (en el sentido del término *langagièrre* en lengua francesa), como la *interpretación de dicha práctica* que realizan sus hablantes, los estudios de ideologías se abocan a comprender las bases socio-culturales del lenguaje y su dinámica en una comunidad de habla específica.

Creemos que una perspectiva de este tipo resultaría de utilidad en la etapa actual del desarrollo de las políticas interculturales bilingües dirigidas los a pueblos originarios, instrumentadas por el Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología de la Nación y los correspondientes ministerios provinciales, en aquellas provincias donde existe legislación al respecto. En las páginas que siguen intentaré exponer algunos problemas entre estas ideologías y las acciones de implementación de la EIB, y reflexionar sobre el aporte que desde los estudios sociales del lenguaje podemos hacer en relación a la revitalización de lenguas indígenas.

Llamamos lenguas indígenas argentinas aquellas habladas en la actualidad por pueblos cuyos ancestros ya estaban establecidos en el territorio hoy argentino -y zonas aledañas- antes de la conquista y colonización españolas. En un trabajo anterior (Censabella 1999: 17) consideramos que se trataba de doce: *toba*, *pilagá*, *mocoví*, *wichí*, *nivaclé*, *chorote*, *ava-chiriguano*, *mbya*, *guaraní*, *quichua santiagueño*, *tehuelche* y *mapuche*, cada una de ellas con sus correspondientes variedades regionales, identificadas todavía de manera muy superficial por los estudios lingüístico descriptivos. Sabemos que la tarea de contar

* Núcleo de Estudios en Lenguas Minoritarias Americanas del Instituto de Investigaciones Geohistóricas - CONICET y Facultad de Humanidades Universidad Nacional del Nordeste Resistencia - Chaco - Argentina.

lenguas tropieza con varias dificultades, especialmente en el caso de los continua dialectales, donde se deben conciliar consideraciones netamente lingüísticas con las representaciones de los hablantes. Hoy podemos agregar el *vilela*, lengua considerada desaparecida desde la década de 1960, gracias al trabajo de búsqueda y estímulo a la rememoración realizado por un grupo de lingüistas argentinos con algunos hablantes/'recordantes' en la ciudad de Barranqueras (Chaco). (Golluscio y equipo 2005: 1796).

Según la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos entre 2004 y 2005 (INDEC 2007), en Argentina se reconocen pertenecientes a un pueblo indígena y descienden de pueblos indígenas en primera generación unas 600.329 personas, repartidas en 32 pueblos. Más de la mitad de estos pueblos ha perdido el uso de sus lenguas vernáculas. Debido al quiebre de la transmisión intergeneracional de las lenguas minorizadas, el número de personas perteneciente a cada pueblo -por ejemplo 60.462 para el toba (INDEC 2007)- es siempre mayor al número de personas que se consideran hablantes de la lengua. Hasta el momento, estos datos no han sido procesados en su totalidad y deberán ser analizados con cuidado, ya que algunas agrupaciones indígenas retiraron el apoyo a los censistas por desacuerdos en la metodología de la toma de datos.

Cada una de estas lenguas ha tenido y tiene una particular historia de contacto, con otras lenguas indígenas y con el castellano, cuyos rastros son observables tanto en el plano estructural (sistema fonológico, estructura morfosintáctica, aspectos pragmático-discursivos), como en sus reglas de interacción comunicativa; a su vez, las lenguas indígenas han influido considerablemente sobre las variedades de castellano utilizadas en las zonas de contacto. La mayor parte de ellas son habladas por pueblos que se autodefinen como indígenas, aborígenes u originarios, mientras que dos son habladas por un número importante de población criolla que no se autoidentifica como indígena: el guaraní correntino y el quichua santigueño.

En algunos casos, estas lenguas perdieron ámbitos de uso y dejaron de ser transmitidas de una generación a otra, para ser sustituidas por otra u otras lenguas; en otros casos se fusionaron con lenguas tipológicamente cercanas, dando origen -o no- a nuevas lenguas¹. Si ubicamos las lenguas citadas en una escala de vitalidad, fácilmente podemos identificar dos polos: uno en el que la lengua indígena es transmitida por todos los padres de una comunidad como lengua primera a sus hijos, como es el caso de la mayoría de las

¹ Los grupos que hoy se identifican como tapietés por ejemplo, hablaban en tiempos históricos otra lengua -presumiblemente una de origen mataguayo según la bibliografía- y la sustituyeron por el ava-chiriguano cuando este pueblo los esclavizó (para un resumen del tema ver Censabella 1999: 49). En realidad poco se conoce todavía del desarrollo y consecuencias del contacto entre las lenguas indígenas argentinas en épocas históricas. Según Braunstein (c.p.), a partir de las fuentes etnohistóricas es posible deducir que en la región del Gran Chaco se produjeron importantes relocalizaciones

comunidades rurales wichí, chorote y nivaclé del país; otro extremo es el de las lenguas donde la transmisión intergeneracional se ha quebrado por completo desde hace mucho tiempo, como es el caso del tehuelche y del vilela. Entre estos polos observamos una variedad de situaciones que podríamos caracterizar de la siguiente manera:

- a) utilización de la lengua indígena en ámbitos cada vez más restringidos, hecho que tiene como consecuencia -a nivel individual- la drástica reducción de estilos de habla. La lengua se utiliza, haciendo uso de frases ‘congeladas’ o ‘palabras/conceptos’ en situaciones tales como curaciones shamánicas, discurso político y/o religioso y conversaciones con ancianos de la comunidad;
- b) diferentes niveles de competencia comunicativa entre hablantes de la misma edad que provienen de la misma comunidad urbana. Para comprender este fenómeno, las variables ‘localización geográfica’ y ‘edad’ son significativas. En ámbitos rurales -y dependiendo de las características del conflicto social con la sociedad regional dominante-, las lenguas indígenas tienden a ser las primeras aprendidas por los niños en sus hogares, mientras que en ámbitos urbanos o peri-urbanos, suele aprenderse primero la lengua de la sociedad dominante, adquiriendo simultáneamente diferentes niveles de competencia comunicativa en la lengua vernácula según diversos factores, especialmente la actitud de los padres frente a la transmisión de la misma. Con respecto a la variable edad -en la mayoría de los casos- a mayor edad, mayor competencia comunicativa y lingüística, a menor edad, menor competencia comunicativa y lingüística;
- c) sus hablantes sufren una fuerte discriminación social y lingüística -abierta o camuflada- por parte de la sociedad dominante regional y nacional, hecho que provoca que los padres no deseen o no logren transmitir la lengua a las nuevas generaciones. Éstas adquieren el castellano como L1, con las particularidades estructurales y pragmáticas propias de cada región y registro social.

En estos casos, los hablantes restringen el uso de la lengua indígena a ámbitos de uso domésticos, generalmente a mayor velocidad en enclaves urbanos que en los rurales. Existe abundante bibliografía para demostrar que la falta de transmisión intergeneracional en estos casos responde a presiones que, de manera abierta o encubierta, imponen las políticas de homogeneización cultural desde los centros de poder económico y simbólico regionales, nacionales e internacionales (Hill y Hill 1999; desde una perspectiva más militante Skutnabb-Kangas 2000). La toma de conciencia de esta situación por parte de las comunidades indígenas, y su lucha por la defensa de los derechos lingüísticos de los indi-

agrupamientos y desprendimientos de grupos indígenas, algunos debidos directamente a la presión ejercida por los blancos, otros como consecuencia indirecta de dichas presiones. Estos movimientos, sin duda, han tenido fuertes consecuencias en la dinámica de cambio y uso de las lenguas involucradas.

viduos y de los pueblos se ve reflejada en la legislación internacional para la defensa de minorías étnicas y lingüísticas, espíritu que se traslada -en la Argentina- a diversas leyes nacionales, provinciales y a acuerdos-marco del Ministerio de Educación de la Nación². Otros pueblos originarios de Argentina que reclaman hoy visibilidad sociocultural y que han perdido sus lenguas vernáculas son los *huarpes*, los *diagüitas-calchaquíes* y los *kollas*. En el caso de los kollas, por ejemplo, la ‘reconstrucción’ de la identidad en relación a la lengua va asociada a la recuperación de conceptos emblemáticos en lengua quechua y mediante el reconocimiento de la impronta que las variedades indígenas habladas en la región dejaron en las variedades de castellano del noroeste argentino (Machaca 2006).

A continuación expondremos algunas de las representaciones que sobre la EIB poseen maestros bilingües tobas provenientes de comunidades urbanas o peri-urbanas tobas, en las que hemos realizado numerosos trabajos de campo³. Dejamos de lado, entonces, situaciones sociolingüísticas en donde las lenguas indígenas son muy vitales (caso de prácticamente la totalidad de los pueblos de origen mataguayo, que habitan en zonas rurales)⁴; y aquellas donde la transmisión intergeneracional y la funcionalidad de la lengua en la vida social ha desaparecido casi por completo (como el tehuelche y el vilela), aún cuando estos pueblos, como el caso de tehuelche, estén comprometidos en acciones de visibilización social, reclamo de tierras y deseo de recuperar la lengua.

Las comunidades de las provienen estos maestros bilingües están conformadas por adultos y jóvenes con diversos grados de bilingüismo castellano-toba (inclusive los que no hablan la lengua indígena han adquirido de sus abuelos reglas de comportamiento verbal de la lengua indígena), todos con algún grado de escolarización, insertos de manera permanente o temporaria en actividades laborales formales e informales, la mayor parte de ellas llevadas a cabo en castellano o junto con castellano hablantes. En estas comunidades existe con-

² Algunas de las leyes más importantes en la materia son la Ley Nacional 23.302/85 “Sobre política indígena y de apoyo a las comunidades aborígenes” y el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional reformada en 1994, que “reconoce la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantiza el respeto a la identidad y el derecho a una educación bilingüe y bicultural”. Otras leyes de alcance provincial brindan el marco de implementación de la EIB en cada provincia, como la Ley del Aborigen N° 3258 de la provincia del Chaco, en cuyo capítulo III *De la educación y la cultura* declara: Art. 14: Los aborígenes Tobas, Matacos y Mocovíes tienen derecho a estudiar su propia lengua en las instituciones de enseñanza primaria y secundaria de las áreas aborígenes; Art. 15: La educación impartida en los establecimientos escolares que atienden el universo indígena se realizará en forma bicultural y bilingüe. Para un compendio de las leyes referidas a los pueblos indígenas en Argentina ver Carrasco (2000).

³ Realizados a partir de 1996 y dedicados, en su gran mayoría, al estudio tipológico-funcional del sistema de lengua, especialmente de las variedades *rapigeml'ek* y *no'olGranaq* sumado a actividades de transferencia en el ámbito educativo bilingüe en la provincia del Chaco.

⁴ En este caso, el reclamo generalizado de los padres indígenas es la incorporación de maestros interculturales bilingües en establecimientos educativos para lograr una adecuada inserción de los niños (que llegan a la escuela sin comprender el castellano), exigiéndole al Estado que asegure una alfabetización adecuada en lengua castellana para el futuro desenvolvimiento social y laboral de los niños.

centración física y demográfica, las familias tobas viven en barrios, cada vez más de tipo mixto (tobas junto a criollos). Los jóvenes y adolescentes -especialmente en las grandes ciudades- están muy expuestos a las problemáticas más acuciantes de los barrios desfavorecidos en Latinoamérica (desatención pública de la salud, precariedad de viviendas, delincuencia, consumo de drogas y fuerte discriminación por parte de la sociedad dominante local). Los dirigentes políticos y religiosos de estas comunidades llevan adelante una visible y persistente lucha por el reconocimiento de sus derechos como pueblos originarios, por acceso a planes sociales, obtención de viviendas y tierras, y educación intercultural bilingüe.

La ‘educación bilingüe intercultural’ o ‘educación intercultural bilingüe’ como se la denomina en la actualidad, se ha implementado de manera continuada y progresiva en varias provincias argentinas desde la recuperación de la democracia en 1984, con importantes antecedentes previos (Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología 2004). Los logros, entre otros, han sido crear carreras de formación docente para indígenas que hayan finalizado el bachillerato o formación equivalente, cargos para su inserción en escuelas con población indígena, e insertado lentamente entre todos los docentes (criollos, blancos⁵ e indígenas) la necesidad de brindar una educación atenta a la interculturalidad. Se trata de logros importantes, ya que responden a los reclamos que durante décadas han formulado los pueblos originarios, y han logrado cambiar, al menos en los ámbitos oficiales, el discurso normalista homogeneizante imperante desde fines del siglo XIX, en un país que ha sido considerado, y lo sigue siendo -para amplios sectores- el de un país sin población indígena y de ascendencia europea.

A pesar de estos cambios, nos preocupa la falta de resultados en la revitalización de las lenguas indígenas, siendo los propios maestros y padres indígenas quienes más lo lamentan. Múltiples dificultades actitudinales y procedimentales de parte de maestros indígenas y no indígenas frenan las acciones y desalientan a los actores. En su gran mayoría, maestros y directivos no indígenas persisten en la desvalorización de las acciones emprendidas por los maestros indígenas, basada en prejuicios étnicos y en un profundo desconocimiento de aspectos socioculturales relacionados con el bilingüismo. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación está instrumentando reformas en planes de estudios de carreras de magisterio y profesorado a fin de incluir, para todos los futuros docentes de la Argentina, la temática de la interculturalidad desde la formación de grado⁶.

Los maestros indígenas, por su parte, conforman un endogrupo de presencia relativamente nueva en sus comunidades. Contrariamente al liderazgo de las personas mayores, aceptado por todos los miembros de las comunidades, los maestros elaboran otros discursos

⁵ En el interior de la provincia del Chaco el etnónimo ‘blancos’ hace referencia a migrantes argentinos de las provincias del centro y sur del país, percibidos social y culturalmente como diferentes a la población criolla no indígena.

⁶ Recientemente se ha publicado un libro de carácter general con la intención de introducir el tema a los estudiantes de carreras docentes (no contamos con la cita bibliográfica en este momento).

sos y se posicionan de manera diferente frente a la organización social tradicional indígena. Criticados (por la falta de resultados y, tal vez, por el ‘privilegio’ de poseer cargos públicos con estabilidad laboral) son silenciados por ancianos tobas en reuniones religiosas o comunitarias. Por otro lado, sus colegas no indígenas delegan en ellos la responsabilidad de resolver los problemas de aprendizaje de la población escolar indígena, tarea para la cual la formación docente terciaria recibida no los ha preparado suficientemente.

Veamos, entonces, algunas ideas sobre las acciones y representaciones de los maestros tobas, posicionados en los estudios de la etnografía del habla (Hymes 1986) y las ideologías del lenguaje (ver presentación en Kroskrity 2000). Según Silverstein (1979) -citado en Kroskrity (2000: 5)- las ideologías lingüísticas son “conjuntos de creencias acerca del lenguaje articulados por los usuarios como una racionalización o justificación de la estructura y uso del lenguaje tal como son percibidos”. Irvine (1989) -también citado en Kroskrity (2000: 5)- las define como “el sistema cultural de ideas sobre las relaciones sociales y lingüísticas, junto con su carga de intereses morales y políticos”. A continuación presentamos algunos fragmentos de nuestros registros de campo⁷.

Ejemplo 1: octubre 1999. Jornadas regionales para el intercambio de experiencias en EBI, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la provincia del Chaco. Sesiones grabadas. Selección de citas:

“Yo quiero rescatar un poco sobre la identidad.... con jardín [de infantes] decíamos que el niño no se sentía identificado... entonces hicimos una pregunta a los chicos, les preguntamos si en la casa ¿hablan una sola lengua o dos lenguas?... levanten la mano el que en la casa hablen dos lenguas el castellano o el toba, entonces lo apartamos le decimos vení acá que vos pertenés a esto... entonces ahí es como que, partiendo de esa base, se identificó el niño aborígen como un ser, digamos, de su raza a la que pertenece”. Maestro Pepe - Escuela peri-urbana (1R).

“Yo creo que la base... de la educación bilingüe, es la recuperación de nuestra identidad, nosotros sin identidad no somos nada, eso es lo que siempre hemos nosotros predicado, hemos hablado a toda nuestra comunidad. En muchos casos, nuestra comunidad no han aceptado la educación bilingüe, ¿por qué? porque desconocían lo que era la identidad, tenían una crisis de identidad y muchas veces, como cualquier cultura, sufre un enamoramiento... hacia la otra cultura que le mostraba diferentes cosas pero que no nos servía a nosotros.” Maestro Juan. Escuela peri-urbana (1C).

“... Yo, o sea, desde mi infancia, desde la escuela, me limitaron a no hablar la lengua aborígen. Como bien decía, hablar de la lengua aborígen es atrasar la memoria, entonces ¿qué trataba de hacer yo?, dejar toda mi identidad”. Maestro Pedro - Escuela peri-urbana (2C).

⁷ Los nombres de los maestros, así como de sus escuelas, han sido cambiados.

“En el barrio Nalá también se da y a la vez de la inseguridad en los padres en cuanto a la identidad, en cuanto ellos siguen hablando toba, pero le enseñan a sus chicos castellano, pero el niño, nosotros sabemos por nuestros niños que si estamos mal por algo lo transmitimos. Y los chicos desde chicos están sintiendo esa inseguridad, esa falta de identidad esa vergüenza de los padres, entonces es como que no aprenden ni el toba ni el castellano. Se nota, es como no tener clara la identidad” Maestro Pedro - Escuela peri-urbana (2C).

Ejemplo 2: marzo 2000. Escuela peri-urbana (1R). Notas del cuaderno de campo:

“Pareja pedagógica [maestra criolla + maestro indígena], clase de 2° grado. Hoy hay pocos alumnos, 18, el ritmo de trabajo es muy lento, todavía más con el ADA [auxiliar docente aborígen]. Clase sobre género gramatical. La maestra organiza su clase sobre los conocimientos previos de los alumnos, pregunta: ¿cómo se dice: ‘el cuaderno o la cuaderno? Los chicos, tobas y criollos, responden correctamente al unísono: ‘el cuaderno’. Al finalizar su clase, el maestro toba repite las mismas preguntas pero ahora en lengua toba: ¿cómo se dice: na leré o ana leré? No obtiene respuestas inmediatas, un par de niños (posiblemente los más competentes en lengua toba) dan las dos posibilidades, masculino y femenino. El maestro explica que en toba es femenino ana leré. Otros niños dejan de prestar atención, los criollos hacen dibujos o charlan entre ellos. El maestro pone otros ejemplos en el pizarrón, él mismo duda de la asignación de género de algunos de ellos. No queda clara la asignación de género para las palabras sol y luna que son opuestas a la asignación en castellano. El maestro no explica la razón de dicha asignación cuando podría hacerlo basado en los mitos (sol personaje mítico femenino, que hace crecer las simientes, la luna personaje mítico masculino, es el primer hombre que tiene relaciones con las mujeres (estrellas) y rige la aparición del ciclo menstrual y la menarca).

Ejemplo 3: mayo 2001. Escuela peri-urbana. 1SF. Notas del cuaderno de campo:

“Referentes ancianos de la comunidad, maestros criollos e indígenas, representantes del MECyT de la Nación, yo. Uno de los temas de la jornada es que los referentes indígenas aprueben el alfabeto (lengua mocoví) en el que han estado trabajando algunos maestros y gente del ministerio desde hace un año. Desde el ministerio hay mucho interés de que se resuelva el tema en esta reunión, ya que hay recursos para la elaboración y publicación de materiales didácticos. Revisamos grafema por grafema, encontramos algunas complicaciones entre el nivel fonemático y el grafemático y posibles confusiones con otros grafemas del castellano. Uno de los ancianos no acepta sugerencias mías y de TM sobre la utilidad de simplificar al máximo el alfabeto (diferente al propuesto por otras comunidades mocovíes del sur de la provincia del Chaco). Al cabo de una hora de argumentos cruzados, el líder, con notorio fastidio, da por terminada la discusión lanzando estas palabras: “¿y qué importa cómo está escrito? nadie lo va a usar para escribir”.

Según Irvine y Gal (2000: 37) existen tres procesos semióticos a través de los cuales

las personas construyen representaciones ideológicas de las diferencias lingüísticas: *iconización*, *recursividad fractal* y *borramiento*. Estos procesos pueden aplicarse tanto a aspectos estructural-funcionales de las lenguas y su variación, como a planos discursivos más generales sobre la variación lingüística identificada por una comunidad de habla y las actitudes lingüísticas que generan.

La *iconización* relaciona la manifestación de una diferenciación lingüística con la evaluación social que el grupo en estudio asocia a quienes utilizan dicha diferenciación, es decir el rasgo lingüístico en sí mismo *muestra* la naturaleza inherente de un grupo social o su esencia. En este sentido, todas las discursividades referidas a recuperación de la identidad (ejemplo 1) a través de la adquisición de la lengua indígena ponen de manifiesto un proceso de este tipo. Saber la lengua, entonces, es la vía privilegiada para la recuperación de la identidad indígena.

La *recursividad fractal* se refiere a la proyección de una oposición, notoria en algún nivel de las relaciones, a otro nivel, por ejemplo, diferencias u oposiciones intragrupalas pueden ser proyectadas al exterior o exgrupo, o viceversa. Un mecanismo similar se observa en el ejemplo 2 en relación a la didáctica de enseñanza de la lengua indígena: si bien los mismos maestros reconocen que el toba es una lengua de tradición oral, con notorias diferencias dialectales y sin acuerdos comunitarios sobre su normalización (estandarización), sus clases de lengua toba se dictan en castellano, utilizando palabras sueltas (especialmente nombres de animales y plantas) que se escriben prolijamente en el pizarrón y son repetidas y copiadas por los alumnos. La lengua fluida, con real valor comunicativo, aparece en el momento del relato de una historia, momento festejado por los alumnos, pero esta actividad no se acompaña de una práctica en la producción de enunciados por parte de los niños. En la mayoría de las escuelas, la presencia de la lengua se limita al primer ciclo de la primaria y, en muchos casos, como en el ejemplo 2, se calca la estructura y temática de clase del maestro criollo. Los maestros indígenas no tienen en claro en qué consisten las didácticas de enseñanza de L1, L2 y LE⁸. En estos casos, la recursividad fractal se observa en la propuesta didáctica: operar con la lengua indígena tal como se hace en castellano significa *enseñar* la lengua toba en la escuela, y por ende, dotar de prestigio a esta lengua.

El último proceso es el de *borramiento* que tiene como característica la simplifica-

⁸ Por didáctica de enseñanza de una LE o 'lengua extranjera' se entiende las estrategias escogidas para enseñar a un grupo de aprendices una lengua que no se habla ni en el seno de la familia o la comunidad más próxima, ni en el resto de la comunidad envolvente. En casos de desplazamiento lingüístico severo como puede ser el observado en comunidades indígenas tobas o mapuches en Argentina, especialmente en zonas urbanas, la lengua indígena o de herencia puede estar presente en ámbitos restringidos (por ejemplo la iglesia, o entre ancianos) y en los 'formatos' de los géneros de habla pero no se utiliza la comunicación diaria, especialmente entre los adultos y jóvenes, lo que impide que pueda ser considerada una L2 o lengua segunda prototípica. De todas formas, cuando nos referimos a esta didáctica es preferible denominarla 'didáctica de lengua de herencia desplazada' o denominaciones similares, debido a la sensibilidad de muchos grupos indígenas al adjetivo 'extranjera'.

ción del campo sociolingüístico, tornando a ciertas personas, diferenciaciones o actividades invisibles. Los hechos que son inconsistentes o desviantes del esquema ideológico no son percibidos o son desechados en las explicaciones. Por ejemplo, un grupo social puede ser imaginado como homogéneo, su variación desechada. El ejemplo 3 muestra un fenómeno contrario, bastante extendido en las comunidades *qom* (pueblos que hablan las lenguas guaycurúes: toba, mocoví y pilagá): los líderes ancianos rechazan las propuestas normalizadoras para uso escolar (alfabetos unificados por lengua, publicación de textos en una de las variedades para uso de todas las comunidades). Lo contradictorio es que a pesar del explícito rechazo de las comunidades a estos procesos de unificación, las propuestas didácticas utilizadas por la mayoría de los maestros se basan en estrategias en las que es necesario contar con los productos normalizados. “Tironeados” entre la lealtad lingüística a su variedad dialectal y jerarquías de autoridad comunitaria, y la creencia de que su lengua se dota de prestigio si se la enseña como se hace con el castellano L1, los maestros indígenas reclaman insistentemente a funcionarios de la educación y a académicos e investigadores respuestas a sus preguntas y ayuda para mejorar los resultados de su trabajo.

El documento elaborado en el MECyT de la Nación denominado *Hacia una propuesta en torno de la formación docente continua y la interculturalidad* reconoce los inconvenientes de las políticas basadas en la igualdad educativa que implicaban la homogeneización cultural, así como la importancia de una educación intercultural como política educativa, como estrategia pedagógica y como enfoque metodológico. Este acuerdo abre las puertas para una formación docente continua que asegure la capacitación en temas referidos a la interculturalidad y el respeto de la diversidad cultural y lingüística⁹.

Esta propuesta es muy importante ya que está sentando las bases para realizar un cambio profundo en el sistema educativo: la inclusión de la temática de la interculturalidad y la diversidad lingüística en todos los centros de formación docente, univesitarios, terciarios y para todos los niveles (inicial, EGB, Polimodal, enseñanza terciaria y universitaria). El Ministerio reconoce que no son suficientes los programas compensatorios y que la temática merece un cambio total de punto de vista de todo el sistema, y no sólo de aquellos agentes que están en contacto con realidades “diferentes”. Otro punto importante, al fundamentar la propuesta, es considerar que “la educación intercultural bilingüe no puede entenderse como un modelo rígido que se debe aplicar de manera estándar, sino como una búsqueda de alternativas educativas que deben ser adecuadas a las características sociolingüísticas y socioculturales de los educandos de los pueblos originarios¹⁰” (p.3).

⁹ La propuesta está basada en cuatro ejes de acción: la investigación en aspectos lingüísticos, sociolingüísticos y culturales de la interculturalidad en Argentina, la formación docente inicial (incorporando la temática de la interculturalidad, el bilingüismo y los derechos de los pueblos originarios), la capacitación de docentes en ejercicio y la producción y edición de materiales didácticos de apoyo a estos fines.

¹⁰ Cita parafraseada de Inge Sichra sin referencias bibliográficas en el documento.

Como lingüistas (donde incluyo a todos los profesionales que estudian las diversas manifestaciones de la capacidad del lenguaje y a los profesores de lenguas extranjeras), nos compete preguntarnos por qué y para qué es necesario que el sistema educativo incorpore la enseñanza de las lenguas indígenas y, con el mismo espíritu de reflexión, sin temor a las conclusiones, en el cómo hacerlo¹¹. En primer lugar debemos investigar estos fenómenos y su complejidad sociocultural con herramientas teóricas adecuadas y datos confiables, surgidos de atentos trabajos de campo. Los estudios de lingüística americanista en Argentina han estado históricamente dirigidos al estudio de las propiedades formales de las lenguas, muy poco se ha realizado desde la perspectiva de la etnografía del habla, sociolingüística interaccional o de las ideologías del lenguaje. Se perciben más esfuerzos por publicar trabajos demonizando a quienes no incorporan una perspectiva social en sus estudios, que en realizar estudios lingüístico sociales serios que podrían impactar en el medio y modificar la tendencia descriptivista. Más allá de estas rencillas académicas de poco impacto, no han existido políticas académicas ni de investigación tendientes a generar una masa crítica de recursos humanos para desarrollar esta área de estudios.

Si para comprender las discursividades a veces contradictorias de los actores de la EIB podemos recurrir al marco teórico de las ideologías del lenguaje, para evaluar propuestas superadoras podemos recurrir a los estudios de revitalización de lenguas. Entendemos por *revitalización* el conjunto de acciones tendientes a recuperar los espacios funcionales de uso que una lengua ha perdido por diversas razones sociales, económicas y culturales. Si bien este concepto se utiliza -en la mayoría de los casos- relacionado con la situación sociolingüística de las lenguas amenazadas, también puede aplicarse a situaciones inversas, donde los hablantes o un grupo de hablantes de una determinada lengua se

¹¹ En otro documento, el anexo I a la resolución N° 107/99 del Consejo Federal C. y Educativo, sobre 'Educación intercultural bilingüe' percibimos concepciones que eluden, de alguna forma, el tratamiento del aspecto 'bilingüe' en la educación intercultural (obsérvese también el cambio del orden en la adjetivación, hasta hace algunos años en Argentina se hablaba de 'educación biilingüe intercultural' mientras que en la actualidad se prefiere 'educación intercultural bilingüe'). Este documento considera que la educación intercultural bilingüe debe trascender el ámbito de la educación recibida por indígenas y "permear todos los niveles y modalidades del sistema educativo nacional, con el fin de desarrollar una actitud abierta y respetuosa frente a la diversidad étnica, cultural y lingüística que caracteriza al país". Más adelante, en el punto 3 (*Consideraciones para implementar una educación intercultural bilingüe*) apunta que la EIB "se construye sobre la base de las lenguas y las culturas de las respectivas etnias -las cuales dan forma y contenido al proceso de formación- conjuntamente con la lengua de uso oficial y la cultura mayoritaria. Por ello, desde la EIB es necesario trascender el plano idiomático para abarcar también lo cultural y pedagógico." El subrayado es nuestro; no podemos dejar de preguntarnos cuándo se ha trascendido -si acaso instalado- el plano idiomático. La utilización de la lengua vernácula por un maestro bilingüe durante una clase produce un efecto simbólico reparador tras un siglo y medio de desprecio institucional, pero esta actividad no es suficiente para asegurar a las comunidades indígenas el derecho (asegurado por leyes internacionales, nacionales y provinciales) a desarrollar competencias comunicativas en su lengua vernácula a través de la escuela. Considero que esta 'minimización' del aspecto didáctico de la enseñanza de las lenguas indígenas no ayuda a la causa de la EIB. Desde mi punto de vista es éste un tema fundamental sobre el cual asentar todo el edificio de la EIB.

comprometen en la tarea de promover y expandir el uso de su lengua en ámbitos e instituciones de importante incidencia en la vida social, como podrían ser los de la educación superior, los medios de comunicación, los ámbitos laborales y en las esferas del gobierno (Fishman 1991, Hinton 2001).

Así concebida, la revitalización de una lengua necesita de un marco teórico que permita comprender el fenómeno sobre el que se pretende actuar, establecer objetivos y diseñar acciones concretas, monitoreables, con impacto efectivo. Si las lenguas habladas por los pueblos *qom* de Argentina son lenguas de tradición oral, que carecen de una variedad estandarizada aceptada por todos sus hablantes, cuyas formas de literacidad¹² no son funcionalmente equivalentes a las de la lengua de la sociedad dominante, se deberán ensayar formas alternativas de inserción escolar basadas en la oralidad y en la competencia comunicativa, con el fin de ampliar los ámbitos de uso, es decir lograr que los niños utilicen la lengua indígena en un número mayor de situaciones de habla en la vida familiar y comunitaria. Si para los maestros recuperar la lengua es el medio privilegiado para recuperar la identidad, y su enseñanza en la escuela es un *índice* (en el sentido pierciano) de aceptación y respeto por parte de la sociedad dominante, se deberían intentar otras estrategias didácticas (método comunicativo toba L2 o lengua extranjera según el grado de desplazamiento de la misma en la población escolar). El Estado y los investigadores deben promover esta reflexión a través de la formación continua de los maestros indígenas para que adviertan, tal como lo demuestra Woolard (1989), que en las situaciones de contacto de lenguas y culturas, los hablantes de lenguas desplazadas y desprestigiadas proyectan y evalúan sus acciones a través de los valores de la sociedad dominante, y que este mecanismo inconsciente puede ser fuente de confusión al momento de comparar las representaciones acerca de la EIB con sus acciones concretas, lo que se dice que se hace en EIB con lo que efectivamente se hace.

Bibliografía

- CARRASCO, Morita (2000) *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Asociación de Comunidades Aborígenes LHAKA HONHAT/IWGIA, 353 p.
- CENSABELLA, Marisa (1999) *Las lenguas indígenas de la Argentina. Una mirada actual*, Buenos Aires, Eudeba, 152 p.
- FISHMAN, Joshua (1991) *Reversing language shift*, Cleveon, Multilingual Matters.
- GOLLUSCIO, Lucía y equipo (2005) Documentación de lenguas amenazadas en su contexto etnográfico, en

¹² Por *literacidad* nos referimos a prácticas sociales situadas de lectura y escritura, concepto superador de los términos *escritura* (que excluye los procesos de lectura) y *alfabetización* (que denota el aspecto mecánico y técnico de la codificación y decodificación de símbolos gráficos en un ámbito de instrucción formal) Vich y Zavala (2004: 21).

- Bein, Roberto y Graciana Vázquez Villanueva (ed) *Actas Congreso Internacional "Políticas Culturales e Integración Regional"*, Buenos Aires, Instituto de Lingüística, UBA, CD-Rom ISBN: 950-29-0830-9.
- HINTON, Leanne y Ken HALE (2001) *The Green Book of Language Revitalization in Practice*, Academic Press, 450 p.
- HYMES, Dell (2002 [1986]) Modelos de la interacción entre lenguaje y vida social, en GOLLUSCIO, Lucía (comp), *Etnografía del habla. Textos fundacionales*, Buenos Aires, Eudeba, p. 55-90.
- INDEC (2007) Resultados de la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI), [www.indec.gov.ar/población/pueblos indígenas](http://www.indec.gov.ar/población/pueblos%20indígenas).
- IRVINE, Judith y Susan GAL (2000) Language Ideology and Linguistic Differentiation, en KROSKRITY, Paul (2000) op.cit., p. 35-84.
- KROSKRITY, Paul (2000) *Regimes of language. Ideologies, Politics, and Identities*, Santa Fe, New Mexico, School of American Research Press.
- MACHACA, Antonio R. (2006) *La escuela en la celebración del encuentro con el "nosotros indígena". Hacia la reconstrucción intercultural de la identidad entre los Kollas de la Quebrada de Humahuaca, Jujuy (Argentina)*, tesis de maestría ms. presentada a la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA (2004) *Educación intercultural bilingüe en Argentina: sistematización de experiencias*, Buenos Aires, 560 p.
- SKUTNABB-KANGAS, Tove (2000) *Linguistic genocide in education - or worldwide diversity and human rights?*, LEA (Lawrence Erlbaum Associates, Publishers), 785 p.
- VICH, Víctor y Virginia ZABALA (2004) *Oralidad y poder. Herramientas metodológicas*, Buenos Aires, Norma Grupo Editorial.
- WOOLARD, Kathryn (1989) Language convergence and language death as social processes, en DORIAN, Nancy., *Investigating linguistic obsolescence: Studies in language contraction and death*, London, Cambridge Univ Press.

Breve CV

Doctora en Letras Modernas de la Universidad Nacional de Córdoba (2002), D.E.A en Linguistique Générale et Appliqué de la Université René Descartes, Paris V (1992) y Licenciada en Letras de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (1991). Actualmente se desempeña como investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), con sede en el Instituto de Investigaciones Geohistóricas, Resistencia, Argentina, donde dirige el Núcleo de Estudios en Lenguas Minoritarias Americanas (NELMA). Es profesora adjunta a cargo ordinaria de *Lingüística III*, Fac. de Humanidades, Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) y profesora asociada al Département de linguistique et de didactique des langues, Université de Québec à Montréal (Canadá). Ámbito de interés: estudios descriptivos y funcional-tipológicos de lenguas indígenas habladas en el Gran Chaco Argentino, en especial el toba (flia. Guaycurú), procesos de gramaticalización y contacto de lenguas, ideologías del lenguaje y revitalización lingüística.

CULTURA Y EDUCACIÓN INDÍGENA SU MARCO JURÍDICO EN PARAGUAY

Aída Torres de Romero*

SUMARIO: 1. Los pueblos indígenas en el Paraguay. - 2. Derechos lingüístico-culturales y protección de idiomas y culturas indígenas en Paraguay. - 3. ¿Políticas Lingüísticas o Ley de Lenguas?. - 4. IV Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe. Asunción. - 5. Lineamientos para una política de estado destinada a los pueblos indígenas del Paraguay. - 6. Una aproximación a los encuadres legales que acompañan la demanda de la práctica de derechos culturales, educativos y socio-económicos de los pueblos indígenas. - 7. A modo de conclusiones

1. *Los pueblos indígenas en el Paraguay*

El Paraguay es un país multilingüe, multiétnico y pluricultural.

La lengua guaraní es la más extendida y la castellana es la más usada en el medio urbano. En el país existen 17 parcialidades o pueblos indígenas que hablan 12 lenguas vernáculas y pertenecen a 5 familias lingüísticas: Guaraní, Toba Maskoy, Mataco Paraguayo, Zamuco y Guaikurú. *

Según las informaciones del Censo de Población y Viviendas del año 2002 el total de la población indígena es de 87.099 personas que representa en porcentaje el 1,7% de la población del país.

Demográficamente se presenta un equilibrio en la distribución territorial de la población mencionada; viven en la Región Oriental y Occidental del Paraguay un número casi equitativo de indígenas. También como en la población total del país, mujeres y varones indígenas se presentan la misma cantidad porcentual; en contra posición a su hábitat prevaleciendo la residencia en el área rural (91,5%). Sin embargo, los últimos movimientos poblacionales han modificado el perfil estadístico y la distribución de los grupos indígenas.

* De los 17 diferentes pueblos que hasta hoy pueblan nuestro territorio, hay una tendencia entre antropólogos – lingüísticos a elevar a 19 los pueblos. (Ishir se desdobra en Ybytoso y Tomoraho y los Lengua en Lengua Norte y Lengua Sur o Enlhet y Enxet). Esta división es sobre todo más cultural y social ¹ *. Las diferencias que generan esta división antropológica cultural requiere diferentes respuestas desde el marco legal.

* Comisión Nacional de Bilingüismo, Ministerio de Educación y Cultura de Paraguay.

¹ Educación Indígena. José Zanardini. CONEC 2004

2. *Derechos lingüístico-culturales y protección de idiomas y culturas indígenas en Paraguay.*

En la perspectiva de la declaración y aplicación de derechos lingüísticos-culturales de los indígenas del Paraguay es necesario considerar el desarrollo de dos polos de tensión en la auto-percepción y la percepción social referente al concepto hacia los pueblos indígenas; por un lado “la marginación y el despojo socio-cultural” de que fueren y son objetos y por otro la nueva conciencia de considerar al indígena como una riqueza cultural y una fuente de conocimientos y saberes tradicionales. A esto se suma una diversa manera de mirarse a sí mismos y a la sociedad que conlleva a entender y aceptar que no hay un “nosotros” si no existe los “otros”.

En este contexto se construye el marco jurídico en nuestro país que encuadra el desarrollo socio-cultural de los pueblos indígenas en Paraguay. Un marco jurídico con declaraciones teórica acertadas y significativas en muchos aspectos, pero antiguas e incompletas en otros.

En primer lugar el marco jurídico considera los fundamentos universales.

- 1948: Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1,2,4,7,12,26,27).
- 1951: Convención para la eliminación del genocidio.
- 1957: Convención N.107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre protección de pueblos indígenas tribales y semi-tribales en países independientes.
- 1969: Convención para la eliminación de la discriminación racial.
- 1976: Tratado Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 1, 2, 3, 13, 15, 25).
- 1981: UNESCO. Declaración de San José sobre Etnocidio y Etnodesarrollo.
- 1985: Inicio de trabajos para elaboración de Declaración Universal de los derechos de Pueblos Indígenas.
- 1989: Convención Nacional 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

En enero de 1992, antes de la Promulgación de la Constitución Nacional, las Asambleas Indígenas presentaron a la Convención Nacional Constituyente una propuesta ante la nueva Carta Magna. Esta propuesta entre otras cuestiones plantea²:

En el año 1993 el Congreso de la República del Paraguay ratifica la Convención Nacional 169 de la OIT lo que constituye jurídicamente el más alto documento que rige al respecto en nuestro país. En el documento mencionado se consideran los siguientes derechos a los pueblos indígenas:

- el derecho al territorio propio.

² Estas propuestas fueron consideradas en el proceso de construcción de la Constitución Nacional, sin embargo no significa su inclusión in extenso.

- el derecho a ser consultados cuando se trata de decisiones legislativas o ejecutivas que los afecten.
- el derecho al desarrollo y al control de su recursos naturales .
- el derecho de preservar su identidad cultural, lingüística y religiosa.
- el derecho de usar sus nombres y de expresar libremente su identidad étnica.
- el derecho de constituir organismos representativos propios con un estatuto oficial.
- el derecho de conservar la estructura económica propia y los sistemas tradicionales de vida; sin embargo esto no se debe contrastar el derecho de participar libremente y en condiciones igualitarias en el desarrollo económico, político y social del país.
- el derecho de conservar y utilizar la propia lengua en la administración y en la enseñanza.
- el derecho a la libertad religiosa.
- el derecho de organizar, dirigir y controlar su propio sistema educativo.

CAPITULO V

DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 62. DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 63. DE LA IDENTIDAD ETNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. **Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de** organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Artículo 64. DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Los pueblos indígenas **tienen 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. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismo.

Artículo 65. DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66. DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alimentación cultural.

Artículo 67. DE LA EXONERACIÓN

Los miembros de los pueblos indígenas están exoneradas de prestar servicios sociales civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.

1. Que la Constitución reconozca y garantice la existencia de los Pueblos Indígenas pre-existentes a la Constitución del Estado Paraguayo.
2. Que el Estado Paraguayo garantice a los Pueblos Indígenas el derecho a preservar y desarrollar su identidad étnica y les asegure el espacio físico y cultural necesario.
3. Que la nueva Constitución reconozca el derecho indígena al ejercicio de sus sistemas de organización socio-político, económico, cultural y religioso.
4. Que se asegure la vigencia de sus normas y costumbres para la regulación de su convivencia interna.
5. Que se asegure el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras, en extensión suficiente y apta para el mantenimiento de sus sistemas propios de vida.
6. Que las tierras sean transferidas en forma gratuita y que sean inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, que no pueden ser dadas en garantía de créditos y arrendamientos exenta del pago de impuestos inmobiliarios y de otros bienes raíces.
7. La nueva Constitución debe garantizar las particularidades culturales de los pueblos indígenas en todo lo relativo a la instrucción formal.
8. **El servicio médico integral ofrecido por las instituciones públicas deberá** respetar la medicina tropical y ser gratuito. Así, también solicitar la exoneración del servicio militar obligatorio.

En orden de prelación **la Constitución Nacional** (CN) del año 2002 expresa:
El Art. 63 de la Constitución Nacional afirma que “los pueblos indígenas tienen dere-

cho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa”.

Al mencionar lo político, lo social, lo económico, lo cultural y lo religioso, nos viene enseguida la pregunta; ¿por qué la Constitución Nacional en este artículo nos menciona los sistemas educativos? ¿Es una omisión voluntaria o involuntaria? Se hacen varias conjeturas al respecto y se dan varias posibles respuestas:

- los constituyentes no se percataron de que los pueblos indígenas poseen milenarios sistemas educativos propios, diferentes por cada etnia.
- los constituyentes tuvieron perplejidades en mencionar los sistemas educativos y lo omitieron deliberadamente por temor a abrir caminos a la anarquía educativa y a fomentar la deserción de la escuela formal.
- los constituyentes incluyeron lo educativo en lo cultural adoptando así el concepto holístico de cultura que abarca todas las manifestaciones-expresiones tangibles e intangibles de un grupo humano.

Sin embargo, se retoma el tema de la educación en el Art. 66 de la Constitución Nacional titulado “De la Educación y la Asistencia”, donde se afirma: “El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal”. Aún aquí no se habla de sistemas educativos propios de los pueblos indígenas, sino que afirma la obligación de respetar sus peculiaridades culturales en el ámbito de la educación formal. Se infiere, sin embargo, la posible implícita existencia de escuelas indígenas al interior de las comunidades indígenas, escuelas que deberían ajustarse o por lo menos respetar las características específicas de la etnia.

En 1.998 se **promulgó en Paraguay la Ley General de Educación (LGE)** – Ley N° 1.264, que tiene como objeto regular la educación pública y privada, establecer los principios y fines generales que deben inspirarla y orientarla, regular la gestión, la organización, la estructura del sistema educativo nacional, la educación de régimen general y especial, el sistema escolar y sus modalidades; determinar las normas básicas de participación y responsabilidades de los miembros de las comunidades educativas... etc. (Art. 7).

Además existen referencias al tema étnico-educativo-cultural en otras partes de la Ley:

Art. 2: “El sistema educativo nacional está formulado para beneficiar a todos los habitantes de la República. Los pueblos indígenas gozan al respecto de los derechos que le son reconocidos por la Constitución Nacional y esta Ley”.

Art. 10: “La educación se ajustará básicamente a los siguientes principios:

- a) el afianzamiento de la identidad cultural de la persona;
- b) el respeto a todas las culturas”.

Art. 11: “A efectos de lo dispuesto en esta ley:

- c) se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunida-

des que poseen su propia cultura, su lengua y sus tradiciones y que integran la nacionalidad paraguaya”.

Art. 31: “La enseñanza se realizará en la lengua oficial materna del educando desde los comienzos del proceso escolar o desde el primer grado. La otra lengua oficial se enseñará también desde el inicio de la educación escolar con el tratamiento didáctico propio de una lengua”.

Aquí se refiere al guaraní y al castellano, **pero se debería reconocer que cada lengua indígena es oficial en su territorio.**

Art. 75 “Las instituciones públicas o privadas especializadas en el estudio y difusión de lengua extranjera o lenguas de otras etnias de nuestro país, recibirán reconocimiento oficial, sujetas al cumplimiento de la reglamentación establecida al efecto por el Ministerio de Educación y Cultura”.

Art. 77 “La educación de los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley”

Art. 78 “La educación de los grupos étnicos tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad e integración en la sociedad paraguaya, respetando sus valores culturales.

Esta Ley General de Educación (LGE) recoge el espíritu de la Constitución Nacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y los aplica directamente a la educación; sin embargo esta ley, al abrir puertas hasta ahora cerradas, ha encontrado varias resistencias internas y externas, al decir internas me refiero a la población indígena donde no faltaron personas que vieron a la ley como racista en el sentido de que crearía una escuela discriminatoria tipo apartheid sólo para indígenas. Estas personas llegan a dichas conclusiones, en general, por el contacto con grupos religiosos fundamentalistas. Por resistencias externas me refiero a ciertas personas de los estamentos educativos del mismo Ministerio de Educación y Cultura (MEC) y más en general a sectores de la sociedad nacional que siempre soñaron para los indígenas un tipo de escuela nivelador, donde los indios puedan aprender las mismas cosas que todos los niños/as. del país, puedan civilizarse y ser como los demás ciudadanos. Este sueño-peligroso esta siempre al asecho dentro y fuera de las comunidades indígenas.

La LGE dio los primeros pasos para respaldar una nueva educación indígena acorde a las genuinas aspiraciones de los pueblos interesados así como aparecen en los documentos internacionales citados en otro apartado; habrá que seguir avanzando de acuerdo a sabias experimentaciones ampliamente autorizadas por esta Ley e ir creando instrumentos jurídicos más específicos y exactos para las escuelas indígenas.

Con la LGE queda bien enfatizado que la educación formal indígena debe ser esencialmente diferente de la educación formal para los no-indígenas.

Sabemos que existe un fuerte componente de la sociedad que minimiza estas diferencias para llegar paulatinamente a la destrucción cultural de los pueblos indígenas

mediante la enseñanza formal. Los Estados por naturaleza quisieran impartir la misma educación a todos los ciudadanos mediante un sistema rígido y uniforme. Sin embargo hoy sabemos por la teoría y por la praxis histórica que esto no es posible.

3. *¿Políticas Lingüísticas o Ley de Lenguas?*

La Comisión Nacional de Bilingüismo (CNB) en coherencia con sus competencias fundamentales y ante la necesidad manifestada cada vez con más fuerza desde la sociedad inicia en el año 2003 la elaboración de una propuesta que en principio se define como “Políticas Lingüísticas” y se orienta posteriormente hacia una “Ley de Lenguas de la República del Paraguay”. El documento en su esencia prioriza el tratamiento del **guaraní**, lengua oficial del país, conjuntamente con el castellano; como lengua mayoritariamente hablada (97% según Censo 2002) y con fuerte connotación de diglosia frente al otro idioma oficial. La **Ley de Lenguas de la República del Paraguay** tiene como objetivos principales.

- Atender iniciativas que beneficien al conjunto de la comunidad lingüística guaraní sin que las fronteras políticas limiten posibilidades de desarrollo.
- Afianzar el reconocimiento y la aceptación de todas las lenguas tanto originarias como extranjeras habladas en la República.
- Asegurar el respeto a los derechos lingüísticos de comunidades y personas sin distinciones por el uso de una u otra lengua.
- Reglamentar los Art. 140 y 77 de la Constitución Nacional.
- Promover el uso equitativo del guaraní y castellano como lenguas oficiales en los poderes del Estado.
- Promover el reconocimiento del guaraní como lengua del MERCOSUR, principalmente como lengua de los tratados.

La Ley se fundamenta en cuestiones socio-político lingüísticos entre los que se destacan:

- Reconocer cada vez con mayor convicción el aspecto positivo que supone la afirmación de las identidades culturales y lingüísticas. El multilingüismo y pluriculturalismo no se consideran ya flaquezas sino riquezas que deben ser explotadas en el país.
- Atender la realidad plurilingüe y multicultural del Paraguay.
- Desarrollar una efectiva protección de todas las lenguas del país y su mutua buena relación.
- Avanzar hacia una educación plurilingüe posterior o simultánea al afianzamiento de la educación bilingüe.
- Visibilizar el uso de la lengua guaraní.
- Desarrollar acciones en el campo de la comunicación social con respecto al uso de las lenguas.

- Comprender y hacer comprender que los prejuicios sobre el bilingüismo y el multilingüismo, públicamente afirmados pero científicamente dudosos deben ser reemplazados por una visión más diferenciada de la adquisición y uso del lenguaje en una sociedad pluricultural y plurilingüe.

Es importante destacar el proceso de construcción de la Ley de Lenguas, antes que trabajarla desde un gabinete técnico se apostó en una metodología ampliamente participativa, con espacios abiertos para los dueños de las lenguas “durante dos años de trabajo recorriendo todo el país en **Mesas de diálogo, Foros Regionales y Mesas de Consulta** con referentes calificados de opinión. Estos encuentros movilizan a ciudadanos y ciudadanas de diversos ámbitos: educativo, religioso, empresarial, de seguridad, de la comunicación, del comercio y la industria, de la administración de la justicia, de las parcialidades indígenas y representantes de residentes para grupos en el exterior (Argentina) que por su número y composición representan opiniones muy importantes.

3.1. Los motivos de la reglamentación de la Ley.

La situación actual de las lenguas en el Paraguay refleja en diversos órdenes la falta de políticas equitativas con grave perjuicio de la comunicación de los ciudadanos y ciudadanas entre si. Los cambios experimentados llevan al abandono de prácticas y usos lingüísticos históricos que sustentan en gran parte la identidad de la nación.

3.2. El reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos de todos los ciudadanos de la República.

Los hablantes de las lenguas en el Paraguay no deben ser discriminados por los usos lingüísticos de su tradición y preferencia. Las estrategias de discriminación y opresión deben ser contrarrestadas por una ley de protección y fortalecimiento que se dará en los varios dominios de uso de la lengua, sobre todo los oficiales y los de comunicación masiva. Los derechos lingüísticos fundamentales se refieren de modo especial a la lengua propia del Paraguay, que es el guaraní.

Un Paraguay bilingüe, es decir que mantiene, la lengua guaraní, no solo es posible, sino también necesario para asegurar los derechos lingüísticos de la población y evitar la fragmentación de la población paraguaya. El uso de la sola lengua castellana en la comunicación oficial y su preponderancia en los medios masivos de comunicación conlleva una verdadera discriminación contra una parte importante de la población paraguaya.

En cuanto a otras lenguas nacionales como son las indígenas originarias incluyendo las de la familia guaraní, el Estado los reconocerá, no las discriminará negativamente y promoverá su uso en las comunidades que tradicionalmente las han mantenido como pro-

pías, sin pretender sustituirlas por ninguna de las oficiales, no obstante la promoción del bilingüismo en esas comunidades.

3.3. *Las lenguas indígenas del Paraguay*

Las lenguas indígenas habladas en el Paraguay son nacionales. Todas ellas deben ser reconocidas, defendidas y promovidas en vistas a su pleno desarrollo, sin discriminación y sin desventajas. Concretamente se debe salvaguardar la autonomía de esas lenguas otorgándoles los medios necesarios para su fortalecimiento y normativización, en vistas sobre todo a su uso pleno en la educación escolar, no solo de nivel primario. De hecho, algunas de esas lenguas ya disponen de un *corpus* literario considerable.

Los pueblos originarios deben recibir apoyo del Estado para que su lengua y cultura propia accedan a las condiciones que garanticen su pervivencia y funcionalidad. Este derecho supone un sistema educativo diferenciado, entre otras cosas.

3.4. *Los derechos lingüísticos personales y sociales*

Esta Ley considera como derechos individuales inalienables ejercibles en cualquier situación, a los siguientes:

- Derecho al uso de la lengua en privado y en público
- Derecho a ser reconocido como miembro de una comunidad lingüística.
- Derecho a mantener la lengua y cultura propia.
- Derecho a conocer y a usar oralmente y por escrito ambas lenguas oficiales en público, en las actividades profesionales, laborales, políticas, sindicales o de cualquier naturaleza y ante cualquier organismo público o privado.
- Derecho a recibir información oficial en castellano y en guaraní.
- Derecho a relacionarse y asociarse con otros miembros de su comunidad lingüística de origen.
- Derecho a recibir respuestas e informaciones en la lengua oficial de su preferencia de parte de los agentes y empleadores en las relaciones socioeconómicas y laborales.
- Derecho a prestar declaración judicial como procesado, informante, testigo, demandante o demandado en la lengua oficial de su preferencia y a que se transcriban dichas declaraciones sin traducción y la obligación de administrar justicia en ambas lenguas oficiales.
- Derecho de recibir toda la enseñanza en la propia lengua.

3.5. *Los derechos lingüísticos colectivos y sociales.*

Además de los derechos personales los miembros de la comunidad lingüística paraguaya tienen los siguientes derechos lingüísticos colectivos:

- Derecho a un sistema educativo bilingüe, castellano guaraní, abarcando de todo el sistema educativo paraguayo, desde la educación inicial hasta la superior y la universitaria, en los ámbitos públicos y privados.
- Derecho a una presencia equitativa de la lengua y cultura guaraní, junto con la castellana en los medios de comunicación.
- Derecho a disponer de servicios informativos culturales y de señalización tanto en guaraní como en castellano.
- Derecho a acceder a los servicios de salud en su lengua materna.

4. *IV Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe. Asunción*

Declaración Final

La temática del Congreso había sido propuesta como los DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE EN EL TERCER MILENIO, que debían ser trabajado en tres líneas principales:

Cultura, identidad y globalización

Propuestas de acción

4.1. *Cultura e identidad*

En cuanto a cultura e identidad en contextos de globalización, aparecen las siguientes propuestas:

- Todo ciudadano tiene derecho a vivir su propia cultura y a identificarse de acuerdo a ella en los diversos ámbitos, tanto privados como públicos sin que ello tenga que ser motivo de discriminación bajo ninguna forma.
- Las instancias públicas deben promover los mecanismos adecuados para la libre expresión y comunicación desde la propia práctica e identidad cultural.
- Toda estructura institucional, estatal o privada, debe reconocer y expresar en su misma estructura la diversidad cultural de su entorno y debe tener la capacidad de relacionarse satisfactoriamente con sus usuarios, de acuerdo con sus variadas características e identidades culturales. También los ciudadanos deben desarrollar la capacidad de relacionarse y comunicarse entre sí de manera positiva y creativa, teniendo en mente su propia tradición cultural y las culturas de su entorno.
- Asimismo, se debe desarrollar de manera creciente la capacidad de comunicación en el propio idioma y en otra u otras lenguas. El bilingüismo debe abrirse a un trilingüismo e incluso al dominio de más lenguas.
- La interculturalidad debe ser vista como componente transversal de todo el sistema educativo.

4.2. *Propuestas indígenas del Paraguay actualizadas a las del año 1992.*

1. Reconocimiento de todos los materiales en uso de los distintos pueblos existentes en el país.
2. Que el Ministerio de Educación y Cultura apoye económicamente la elaboración de materiales didácticos en lenguas de las distintas etnias indígenas.
3. Que se respete el ritmo y el tiempo de la escolarización de los indígenas.
4. Creación en la estructura u organigrama del MEC de:
Una dirección de educación indígena.
Un departamento de educación indígena para atender todo lo relativo a la educación indígena. Currículum, Planes, etc., de todos los niveles de educación: primaria , secundaria, etc.
5. Formación de un equipo de elaboración de Programas para primaria, secundaria y formación docente. (marco referencial para todas las etnias) financiado por el MEC.
6. Contar con personas de experiencia en la educación indígena, conocido y aceptado por los indígenas para orientar y asesorar la elaboración de los materiales y programas propuestos para los indígenas y remunerado por el MEC.
7. Realizar un congreso nacional de todas las etnias del país para tratar sobre la educación indígena y leyes pertinentes.
8. Participación indígena en el estudio y transformación de la ley 904 de los pueblos indígenas.
9. Instituto de Formación y Profesionalización de Docentes Indígenas en ejercicio.

4.3. *Primer Congreso de Educación Indígena. Asunción. Julio 2001.*

El Primer Congreso Nacional de Educación Indígena organizado por el Ministerio de Educación y Cultura con el apoyo de varias Instituciones Internacionales (UNESCO, UNICEF, PNUD, AECI) se realizó en Ycua Satí (Asunción) desde el 16 al 20 de julio de 2001.

En realidad no es el primero, sino que hubo anteriormente Congresos de Educación Indígena en los años 1992, 1993, 1998 y 2000 organizados por Instituciones privadas donde participaron todas las etnias del país (maestros, líderes, ancianos chamanes) con la asistencias de algunos funcionarios del MEC.

Las propuestas de los diferentes pueblos indígenas presentadas en el Primer Congreso de Educación Indígena del Paraguay han sido publicadas en las páginas 115 al 120 de la “Memoria del Primer Congreso Nacional de Educación Indígena en el Paraguay”. **En general las propuestas no son nuevas y se pueden agrupar en tres núcleos:**

- el deseo de una escuela intercultural; el tema del bilingüismo no aparece todavía claro en su concepción y en su formulación.
- capacitación de los docentes y preparación de materiales didácticos.

- vinculación más eficiente con el Ministerio de Educación y Cultura.

Por su parte las autoridades del Ministerio de Educación y Cultura y del Ministerio de Agricultura y Ganadería presentes en el Congreso presentaron 8 líneas de Acción. Las más significativas son:

- integrar una mesa de diálogo entre técnicos del MEC y docentes indígenas.
- revisar y valorar experiencias y materiales didácticos ya existentes.
- abordar el tema de la formación de los docentes.

En este Congreso se ha abierto el campo a la experimentación de nuevos caminos. Concretamente se han candidatado algunas escuelas, precisamente el 5%, lo que hace 13 escuelas, para empezar en el año 2002 la búsqueda de nuevos rumbos. El objetivo general era: “Elaborar participativamente con las Comunidades Indígenas involucradas, una propuesta de Educación Intercultural Multilingüe que sirva como principio orientador de las Políticas Educativas del Ministerio, con respecto a la Educación de los Pueblos Indígenas del Paraguay”.

El objetivo específico era: “Implementar un Proyecto Experimental focalizado en el 10% de las escuelas Indígenas, con el fin de elaborar comunitariamente nuevos modelos pedagógicos, de capacitación docente en aula, y de elaboración de materiales curriculares del eje central del currículo integrado en lengua vernácula...”.

En realidad la experimentación se autorizó sólo para el 5% de las Escuelas Indígenas.

4.4. Taller sobre Educación Indígena. Asunción. Julio 2002.

Después del Congreso de julio de 2001 han seguido encuentros, reuniones, visitas a las comunidades y monitoreos a las escuelas de la experimentación hasta llegar al Taller de julio de 2002.

Dicho Taller ha contado con la participación de 62 personas, de las cuales 47 indígenas (maestros/as, directores de área, algunos líderes y chamanes) y 12 no indígenas incluyendo los funcionarios del ETC del MEC e indigenistas. Otros funcionarios del MEC, antropólogos o disertantes no están incluidos en la lista.

En este Taller se llegó a consensuar 6 características de la Educación Escolar Indígena (EEI):

- 1) Entronque con lo ancestral.
- 2) Fortalecimiento étnico.
- 3) Apertura a “lo otro”
- 4) Maestros enraizados en su cultura.
- 5) Nuevos conocimientos para la cotidianeidad y la modernidad.
- 6) Ritmo y tiempos propios.

5. *Lineamientos para una política de estado destinada a los pueblos indígenas del Paraguay.*

El presente documento sintetiza los resultados de las consultas realizadas a los pueblos indígenas del Paraguay, análisis de documentos relativos al tema y reflexiones con autoridades y funcionarios del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y otras organizaciones públicas y de la sociedad civil relacionadas con la temática indígena; realizadas en el marco del Programa de Cooperación Técnica ATN/SF – 8015 – PR, brindada por el Banco Interamericano de Desarrollo al INDI, en el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2004 al mes de abril del 2005.

Con el propósito de **“construir participativamente una nueva Política de apoyo a los pueblos indígenas del Paraguay y la elaboración de un Programa de reestructuración y modernización del INDI”**.

Consecuente con el enfoque participativo del programa de cooperación; los lineamientos de la Política de Estado destinada a los Pueblos Indígenas se construyeron a partir de la visión, las esperanzas, las dificultades y las potencialidades de los pueblos indígenas y se proyectaron las principales líneas de acción que marcarán las pautas en los próximos 10 – 20 años para lograr la mejora sustancial de las condiciones de vida de las poblaciones y comunidades indígenas del Paraguay, sobre bases sostenibles y compatibles con sus pautas culturales.

Si bien se ha utilizado permanentemente las entrevistas personales con líderes indígenas; los principales mecanismos de consulta fueron los Talleres regionales, reuniones de trabajo y visitas a comunidades indígenas.

Al mismo tiempo, fueron importantes los aportes de organizaciones indígenas y resultados de Congreso Indígenas realizados en el país tales como:

- Federación de Asociaciones de Comunidades guaraníes de la Región Oriental del Paraguay. 15 de junio del 2004.
- Primer Congreso de los Pueblos Indígenas del Paraguay. Ycua Sati 11 al 15 de octubre del 2003.
- Pronunciamento de los representantes de organizaciones integrantes de la “Comisión por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas”. CAPI. Coronel Oviedo 6 y 7 de mayo del 2004.
- II Encuentro Trinacional de Pueblos y Comunidades Indígenas del Chaco Sudamericano. Conclusiones de los trabajos de talleres – Grupo Paraguay.
- Acta de Asamblea Extraordinaria CPI Chaco Paraguay. 25, 26, 27 y 28 de junio del 2004.

El presente documento delinea en primer lugar los Ejes Transversales principales y

luego los temas sectoriales más cruciales para ser incorporados en la Política de Estado destinada a los pueblos indígenas del Paraguay.

A pesar de las diferencias entre las situaciones específicas de los diferentes pueblos y comunidades, los resultados de los talleres revelan que los pueblos indígenas del país comparten básicamente las mismas posiciones y prioridades que a continuación serán presentadas.

De entre estos aparecen dos temas como centrales según los pueblos indígenas y son: **el respeto y la participación**, los cuales deben considerarse como los principales ejes transversales que orientarán las demás políticas indígenas.

5.1. *El respeto a la identidad, los valores y la cultura*

Visión

En todos los talleres, los indígenas expresaron el deseo de mantener su identidad sus valores y su cultura; inclusive los indígenas que residen en el área metropolitana de Asunción reafirmaron esta posición. Todos piden respeto hacia el indígena, su identidad, sus valores y su cultura.

El respeto significa en primer lugar, el fin de la discriminación y del racismo.

Tanto el racismo abierto como el racismo inconsciente: especialmente la idea que el indígena es un **pobre ignorante** que siempre requiere tutelaje y debe aprender de intermediarios, sean los funcionarios del Estado, las ONG's o las Iglesias.

El respeto quiere decir también que el indígena debe tener los mismos derechos que cualquier otro miembro de la sociedad paraguaya, de hecho y no solamente en previsiones de la Constitución Nacional, así mismo las leyes y los Convenios Internacionales.

El respeto quiere decir así mismo valor a los idiomas y a las culturas indígenas, que a los idiomas y la cultura del resto de la sociedad nacional (que de hecho es una sociedad muy diversa).

Los indígenas apuntan que no existe **ninguna contradicción** entre la identidad, los valores, la cultura indígena y la apertura hacia la modernidad. Más bien los indígenas ven a la modernización como un paso necesario para mantener y defender sus valores y sus culturas.

Los indígenas reclaman el **acceso** a la capacitación, la tecnología y la ciencia – sobre todo a la **informática** y a la **educación universitaria**. Consideran que estos son los elementos que les darán la oportunidad de salir de la dependencia y la miseria, de tratar con el resto de la sociedad en pie de igualdad, de formar una nueva generación de líderes y de hacer valer la cultura indígena frente al resto de la sociedad paraguaya. Esto no implica que no se dé importancia a la educación básica, media y vocacional, sino pretende mas bien

incorporar la educación superior como una meta para poder mirar el futuro con más optimismo.

Los indígenas también reivindican la **interculturalidad**. Es el **reconocimiento** que la cultura, los conocimientos y los valores indígenas **valen** no solo para los pueblos indígenas sino también **para el resto** de la sociedad. Desde la perspectiva de la **interculturalidad** la **espiritualidad** indígena también tiene valor los no-indígenas; el modo de entender la **relación** del hombre con la naturaleza debe **conformar** los valores y las acciones de los no-indígenas; de igual manera la **solidaridad social** de los indígenas tiene mucho que **enseñar** a la población no-indígena.

La propuesta plantea un tremendo desafío para la sociedad nacional, que de hecho es una sociedad de consumo, globalizado e individualista. Como señala uno de los Ayoreo: “para nosotros la carencia de un indígena es la carencia de la comunidad. Si a uno le falta alimentos la comunidad va procurarlo, a pesar de que no se tiene nada”.

En cuanto a la manera de relacionarse con el Estado, los indígenas señalan que debe haber una institución autónoma con la responsabilidad de velar por los intereses de los indígenas – el rol que hoy en día le corresponde al INDI. En otras palabras no quieren que el INDI desaparezca. Más bien quieren que el INDI se reforme y que se fortalezca para poder cumplir mejor sus objetivos.

Diagnóstico

La situación de los indígenas se caracteriza por:

La Aculturación/Deculturación, es decir pérdida de la identidad étnica por razones económicas e influencias religiosas políticas. Algunos pueblos, como los que habitan el Alto Paraguay y el Bajo Chaco, fueron presionados por los ganaderos, empresas tanineras, militares y misiones religiosas para dejar sus idiomas, su religión y otros aspectos de sus culturas.

Debilidad de las organizaciones indígenas a nivel de comunidad; organización intra e interétnica debido a conflictos de representatividad de los pueblos ante organismos locales, regionales y nacionales.

Debilitamiento de las figuras de las autoridades políticas y religiosas genuinas de las comunidades, debido a la aplicación inapropiada de la normativa sobre reconocimiento de líderes.

La falta de aplicación de políticas públicas con enfoque de ETNODESARROLLO, pese a la vigencia del convenio 169.

Las visiones e intereses contrapuestos entre entidades públicas y privadas indigenistas, agravada por la debilidad del INDI para reglamentar, fiscalizar y hacer cumplir las leyes a favor de los pueblos indígenas.

Líneas de Acción.

En función de la visión y problemática de los pueblos indígenas se plantea:

Denuncia y protección: ante prácticas discriminatorias y acciones que lesionen sus derechos a la autodeterminación práctica de sus culturas y derechos humanos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional, los Convenios internacionales y Leyes vigentes.

Promoción de las culturas indígenas y organización de campañas de difusión masiva, que den a conocer los aportes de los pueblos indígenas para la construcción de la identidad nacional, la cultura, los valores, la historia, las ciencias y las artes, entre otros.

Sensibilización y capacitación en temas relativos a la interculturalidad y etnodesarrollo, específicamente dirigido a la población no indígena, profesionales relacionados con la transmisión de cultura: psicólogos (as), educadores (as), periodistas y comunicadores (as), sociólogos (as), economistas, médicos, agrónomos.

Capacitación de la población indígena en materia de la interculturalidad, etnodesarrollo, relación entre pueblos indígenas y la sociedad nacional e internacional: (tradición etnocultural y modernidad), condiciones y factores de riesgos y oportunidades de desarrollo, sostenibilidad económica y socio-cultural.

Formulación, seguimiento y supervisión de la aplicación al cumplimiento de derechos adquiridos en términos de la autodeterminación y participación de las comunidades y pueblos indígenas en la conducción de su destino y su interacción con la sociedad nacional;

Financiamiento de iniciativas de las comunidades y pueblos indígenas dirigidos a su reafirmación cultural, participación y organización social y empoderamiento.

Creación de Bases de Datos y Redes de Información y Comunicación Indígena, que permitirá la comunicación horizontal rápida y eficiente, la apropiación de la información global y la generación de información propia.

Reglamentación, control y evaluación de la intervención de entidades privadas, Iglesias y entidades públicas en comunidades indígenas.

5.2. La Participación

Visión

La participación como reclamo universal en todos los talleres. Los indígenas reivindican el derecho de ser los **protagonistas** en la definición de su futuro. La participación abarca la **definición** de su **visión del futuro** sus **estrategias y metas**, la **formulación de leyes y políticas**, el **análisis** de los obstáculos y problemas, y el **diseño, implementación, supervisión y evaluación** de los programas y proyectos.

La participación no es igual a la consulta: los indígenas se quejan que muchas veces

se les consulta – sobre propuestas que surgen desde afuera, y luego no se toma en cuenta sus opiniones y recomendaciones.

INDI. En relación al INDI, plantean la participación indígena en dos niveles. El primero es la participación de **técnicos indígenas** en el INDI. En el diagnóstico del INDI los indígenas se quejan, del desinterés y de la incompetencia de algunos funcionarios. Para superar esto, los indígenas señalan que el INDI tiene que contratar técnicos indígenas, con las mismas obligaciones y los mismos derechos que cualquier otro funcionario de la institución. La selección de los funcionarios indígenas debe ser por mérito, contratando personas que tienen la formulación técnica o profesional necesaria para el cargo. Hay indígenas con la formación adecuada para desempeñar las funciones requeridas; sin embargo, se debería contemplar un programa de **capacitación continua** para los funcionarios indígenas y no-indígenas del INDI. En la selección de candidatos se debe dar mérito al **conocimiento de los idiomas** y de la **realidad** de los indígenas. En los algunos talleres los indígenas plantearon metas específicas: de lograr por lo menos 50 o 60 por ciento de funcionarios indígenas en el INDI (sin definir los plazos).

El segundo nivel es la **representación** indígena de las instancias de **definición de políticas y toma de decisiones estratégicas**. Aquí la representación se plantea a través de una **estructura** que debe **surgir desde las comunidades y asegurar la legitimidad** de sus representantes. Los mecanismos específicos aún deben definirse. Una propuesta sería de conformar una **Junta Directiva** para el INDI, con presencia **mayoritaria indígena**, con igual número de indígenas del Chaco y de la Región Oriental – ya que las poblaciones de las regiones son casi iguales. Sin embargo, en algunos talleres se plantearon la idea de contar con **representantes de cada pueblo**. Se mantiene los interrogantes hasta que punto la estructura de representación debe coincidir o no con las organizaciones, que actualmente representan los indígenas a nivel nacional y regional; **Cual sería la mejor forma de establecer la representatividad indígena ante la Junta del INDI?**

Ministerios y Agencias Públicas. Los indígenas reclaman la presencia de **funcionarios y técnicos indígenas**, especialmente en los **ministerios y agencias** públicas que tienen programas para indígenas y/o que comparten intereses estratégicos con ellos. Los dos ministerios que actualmente tienen programas indígenas específicos son el Ministerio de Educación y Cultura (MEC) y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS). En cuanto a las alianzas estratégicas, los indígenas identifican a la Secretaría del Medio Ambiente (SEAM), especialmente el Servicio de Parques, entre los más importantes. También sería importante tener técnicos indígenas en el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), especialmente la Dirección de Extensión Agraria (DEA), el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT), el Ministerio de Justicia y Trabajo (M J y T) y el Ministerio del Interior (MI).

Las Gobernaciones y Los Municipios. Los indígenas reclaman la presencia de **fun-**

cionarios y técnicos indígenas en las gobernaciones y municipios, especialmente en las **Secretarías Indígenas**. Proponen que la selección de los funcionarios y técnicos sea **por méritos** y no, como suele ocurrir en la actualidad, por afiliación a partidos, grupos de interés o facciones políticas locales.

Los Partidos Políticos. En cuanto a la participación en la política partidaria, la mayoría de los indígenas opinan que cada uno debe tener la **libertad** de votar o afiliarse al partido de su preferencia, sin sentirse presionado por operadores políticos que aprovechan los programas y ayudas para hacer sus campañas políticas. Sin embargo, hay otro corriente que plantea la necesidad de establecer **movimientos** o **partidos políticos** indígenas – como existen en algunos países del corriente, como el Ecuador y la interrogante es: **¿Cuáles serán las ventajas y las desventajas de tener partidos políticos específicos para representar los intereses de los pueblos indígenas?**

Los Proyectos de Desarrollo. Los Indígenas piden la participación y no simplemente la consulta, en el diseño, la implementación, la supervisión y la evaluación de todos los proyectos de desarrollo, especialmente los proyectos financiados por las agencias multilaterales y bilaterales, como el Banco Inter-Americano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM) el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Unión Europea (UE).

Los indígenas consideran que debe haber una participación de representantes de las comunidades afectadas, beneficiarias y organizaciones indígenas en la **definición, el diseño y la supervisión de los proyectos**. Esto se refiere tanto a los proyectos que pueden tener impactos negativos – tales como los proyectos camineros, hidrovías, etc., como los proyectos sociales, de desarrollo rural, inversiones sociales, etc. Aquí una propuesta específica sería de establecer **comités de seguimiento indígenas** para cada proyecto, que pueden articularse con las instancias indígenas regionales y nacionales. Al mismo tiempo, se pide la participación de profesionales y técnicos indígenas en el **diseño e implementación** de los proyectos (proyectos de mitigación en el caso de los proyectos camineros, etc.).

Sector Privado. Los indígenas, como **productores rurales**, pretenden participar en la economía nacional en **pie de igualdad** con el resto del sector privado. Uno de los espacios más importantes en este respecto es la Asociación Rural del Paraguay (ARP). El objetivo de la participación indígena sería de entablar un diálogo directo – sin necesidad de intermediarios, para identificar intereses comunes.

En el Chaco, por ejemplo, los intereses comunes de los indígenas y otros ganaderos incluyen el combate al abigeato, el control sanitario, el mantenimiento de los caminos de acceso y la solución de los conflictos de tierras.

Las ONG's y las Agencias Donantes. Los indígenas reconocen y agradecen el apoyo que durante años han recibido de las ONG's indigenistas y de las iglesias, en áreas tales como la reivindicación de sus tierras y sus derechos legales. Sin embargo, los indí-

genas apuntan que hoy en día no hay más lugar para las **organizaciones paternalistas** que no **contemplan la transferencia del control hacia los indígenas**. Reconocen que es difícil romper con los esquemas tradicionales; sin embargo, las comunidades exigen mayor **transparencia y control** sobre los recursos que vienen del **exterior** en su nombre. Lo que se plantea es el **contacto directo** y la **participación con las agencias** donantes y las ONG, especialmente en la **definición de las prioridades** y la **asignación** de los **recursos**.

La participación de la mujer y de los jóvenes en la conducción de las comunidades indígenas es un deseo emergente de mujeres y jóvenes. En algunos talleres expresaron su deseo que se les de más oportunidades, que existan proyectos específicos para ellos, resaltando que han demostrado en la práctica de ser muy buenas/os administradoras. Los jóvenes reivindican su derecho a la educación sobre todo.

En la parte organizativa se ha demostrado capacidad para emprender programas de apoyo en infraestructura, salud, economía, una de las formas de trabajar con grupos de mujeres, y otro cuando son grupos mixtos son muy buenas administradoras; la cuestión está entonces en aprovechar el gran sentido de responsabilidad, amor a los niños/as y el sentido de control social que ejercen las mujeres.

Diagnostico

Los indígenas consideran que el nivel actual de participación no es adecuado, no se les informa, o cuando se realizan consultas, no hay seguimiento de las propuestas, ni participación indígena en la implementación de los programas y proyectos. Hasta PRODECHACO, un proyecto diseñado para trabajar principalmente con los indígenas, contó con la presencia de **uno o dos** técnicos y profesionales indígenas.

Hacia el interior las organizaciones indígenas nacionales y regionales enfrentan dos desafíos: la **representatividad** y la **logística**. Aún a nivel de las comunidades, la representatividad es un tema delicado ya que muchas comunidades son de origen heterogéneo y/o comprenden diferentes grupos familiares que no siempre logran la unidad. Quedando la interrogante de **cual, debe ser el rol de los representantes o de los líderes dentro de las organizaciones indígenas? ¿Cómo puede asegurar que las personas reconocidas como líderes realmente sean los representantes legítimos de sus comunidades?**.

La logística es otro tema difícil. Las comunidades indígenas están muy dispersas y la mayoría están lejos de los centros regionales de Asunción. Aún cuando se organizan reuniones regionales en las comunidades indígenas, los representantes tienen que viajar largas distancias. Tienen que pagar sus pasajes, deben cubrir sus gastos de alimentación y especialmente cuando se van a Asunción, deben resolver el problema de alojamiento. Muchas comunidades no tienen recursos para pagar pasajes y viáticos. Cuando otras instituciones – el INDI o las Organizaciones No-Gubernamentales (ONG) cubren los pasajes y viáticos

las organizaciones indígenas **pierden su independencia** y se plantea la posibilidad de injerencia externa en la selección de los líderes, temas de discusión, etc. Entonces debe preguntarse. **Como se lograr la autosuficiencia económica de las organizaciones indígenas?**

En la sociedad nacional prevalece el racismo, cuya consecuencia más notoria es la discriminación y exclusión de los indígenas en las políticas públicas. Las que rigen en el campo de la educación, salud, agricultura no están diferenciados para los pueblos indígenas.

El enfoque intercultural aún no fue incorporado a dichas políticas; aunque existen algunas iniciativas que se proyectan en el campo de la educación.

La participación indígena en la definición de políticas y diseño del marco jurídico fue importante en el pasado; no así en la aplicación de los instrumentos de políticas. Es fuerte aún el enfoque paternalista de los programas y proyectos; en donde el indígena es beneficiado pasivamente y el Estado o Entidad Privada son los benefactores.

Por esta razón existen fuertes influencias del organismo donante; ejemplo entidades indigenistas sobre el funcionamiento de las comunidades, siendo en muchos casos factor de conflictos entre comunidades, especialmente en el campo del liderazgo.

La participación real en el manejo de los recursos es escasa, por tanto los indígenas no llegan a desarrollar capacidades propias en el manejo de programas y proyectos. Las causas de la escasa participación indígena se deben a factores internos (comunidad), como a factores externos. En el primer grupo se destaca la crisis de autoridad de líderes naturales, quienes son sobrepasados por líderes nombrados en el marco de la Ley 904/81; pérdida de las pautas culturales relativos a la ética indígena (Ejemplo, abuso de líderes en alquiler de tierras, venta de madera, etc.).

Entre los factores externos que dificultan la participación se citan los siguientes:

El racismo prevaleciente en la sociedad nacional.

- Interferencia externa sobre la autodeterminación de los pueblos generados por otros pueblos indígenas, organizaciones religiosas, ONG's indigenistas, entidades públicas y partidos políticos.
- Aplicación irregular y autoritaria de sistemas de reconocimiento de líderes.
- Desconocimiento de la sociedad nacional sobre las culturas de los pueblos indígenas.
- Intereses egoístas y manipulación política de líderes políticos con respecto a los indigenistas.

Líneas de acción

Facilitación para la creación de espacios de participación de indígenas a nivel local, distrital, departamental, nacional e internacional. Asociaciones por Pueblos, Asociaciones Interétnicas, Consejo Regional Occidental, Consejo Nacional Indígena.

Al respecto la interrogante que aún será consensuada entre los pueblos indígenas son: **¿cómo deberán integrarse dichas organizaciones indígenas?.**

¿Qué mecanismos se debe implementar en el corto plazo para asegurar que el proceso de organización de los consejos sea genuinamente indígena?

Reorganización del INDI, creando la Junta Directiva del INDI, con participación del 51% de representantes indígenas respetando el equilibrio de representación entre los Pueblos de la Región Occidental y de la Región Oriental.

Establecimiento en la Política de Estado destinado a los Pueblos Indígenas, la obligatoriedad para los organismos públicos y privados de la incorporación de técnicos/as indígenas para ejecutar programas y proyectos sectoriales facilitadores la adecuada capacitación, bajo el concepto de una discriminación positiva hacia los mismos/as y en tratamiento diferenciado en el sistema de contrataciones.

Capacitación a líderes indígenas y/o representantes legales de las comunidades frente a organizaciones no indígenas en el campo de estrategias de negociación con organizaciones de la sociedad nacional, preparación y manejo de programas y proyectos; marco legal relativo a los pueblos indígenas; entre otros.

Promoción de la creación y fortalecimiento de organizaciones indígenas orientadas a proveer servicios de asesorías técnicas comunidades indígenas que la requieran; haciendo que dichas organizaciones tengan capacidades de manejar proyectos y programas bajo conceptos universales de gerenciamiento rendición de cuentas, control de calidad, etc.

Las interrogantes en este aspecto son: como se puede fomentar las ONG's indígenas? ¿Quiénes integrarían, serían de un solo Pueblo o serían interétnicas?, ¿Cómo asegurar su relación armoniosa con los liderazgos tradicionales?.

5.3. *La Constitución, Los Convenios Internacionales y las Leyes.*

Visión

Lo primero que los indígenas reclaman **es que se cumpla** la Constitución Nacional, y los convenios internacionales y las leyes más importantes se destaca la Ley 904/81 que establece el Estatuto de las Comunidades Indígenas; sin embargo, los indígenas también reclaman el cumplimiento de otras leyes, entre ellas las referentes a la adquisición de tierras, como el 1372/89, las leyes ambientales y laborales. Entre los convenios internacionales se destaca el convenio OIT 169, que fue ratificado por el Paraguay en 1993 (Ley 234/93).

El segundo punto que se pide en los talleres es que se tome **todo el tiempo necesario** para estudiar, discutir y lograr el consenso sobre cualquier modificación al Estatuto de las Comunidades Indígenas. Los indígenas consideran que han logrado grandes avances gracias a la Ley 904/81 y temen cualquier cambio que pueda reducir la fuerza de la ley. Al

mismo tiempo reconocen que hay aspectos del Estatuto de las Comunidades Indígenas que deben reformarse – y no solamente los capítulos que se refieren al INDI. Corresponde averiguar ¿Cuáles serían las condiciones previas y el proceso para poder reformar el Estatuto de las Comunidades Indígenas?

Las Leyes Ambientales. Otras áreas que les preocupa a los indígenas es la reglamentación e interpretación de las leyes ambientales. En principio apoyan toda la legislación que defiende el hábitat y el medio ambiente. Sin embargo, señalan que se presentan situaciones en las cuales se imponen medidas muy estrictas a las comunidades indígenas: por ejemplo: prohibiendo el desmonte en pequeñas parcelas para los cultivos de subsistencia o la caza de animales menores, mientras se hace la vista gorda a los empresarios agrícolas que convierten grandes extensiones de bosques en pasturas o áreas de cultivos mecanizados. Aquí otra vez el reclamo fundamental es de contar con la participación indígena en la elaboración, reglamentación y modificación de las leyes ambientales.

Diagnóstico

Hoy en día se presentan situaciones donde grupos de interés no-indígenas típicamente apoyados por políticos locales, se burlan de la Constitución Nacional, los convenios y las leyes internacionales. Entre los ejemplos más groseros, pueden citarse las invasiones de tierras indígenas – como el caso de la comunidad Mbya-Guaraní de Arroyo Claro, en el Dpto. de Itapúa que está situada dentro de un área de reserva natural y que fue invadido por supuestos “campesinos sin tierras” que amenazan a los indígenas y saquean sus recursos naturales. Aún cuando existen órdenes de desalojos, algunas autoridades negocian con los campesinos, en algunos casos con promesas de reubicarlos en otros lugares. El resultado es que se incentivan nuevas invasiones.

Aspectos de medidas legales impulsadas por otros sectores revelan la vulnerabilidad de las comunidades indígenas. Ante la reciente medida tomada por el Ejecutivo a instancia de la Secretaría del Ambiente, deforestación cero en la Región Oriental por dos años demostró que las únicas reserva de madera para ser procesado en aserraderos son los parques nacionales y las comunidades indígenas. Los indígenas se ven acosados por compradores de madera y teniendo en consideración la situación de necesidad en que viven los mismos es fácil identificar el resultado de este proceso. “Eliminación de los recursos forestales de las comunidades indígenas en el corto plazo”.

Esta situación requiere una urgente intervención de parte del Estado en dichas comunidades para implementar programas de producción de seguridad alimentaria y economía indígena, e implementación del acuerdo del manejo de bosques sobre las bases sostenibles.

Debilidad institucional del INDI, para hacer cumplir las leyes que protegen a los pueblos indígenas, está acentuada por las dificultades y limitaciones que tiene el mismo sistema de administración de justicia paraguaya.

Líneas de acción

Fortalecimiento del INDI en cuanto a su función de apoyo y acompañamiento legal a las comunidades indígenas; tanto en la oficina central como en oficinas regionales, como en la interpretación y aplicación de los derechos consuetudinarios de los indígenas.

Defensa legal y denuncias de transgresiones de derechos de indígenas.

Ajustes de normas que hacen a la reglamentación de la ley 904/81 “Estatuto de las Comunidades Indígenas”.

Armonización de la aplicación de normas legales sobre la temática indígena y la legislación ambiental.

Modernización del sistema de adquisiciones y legislación de tierras, incluyendo base de datos disponibles a las organizaciones indígenas y entidades interesadas.

5.4. Educación y Capacitación

Visión

En los talleres los indígenas identificaron la educación y la capacitación como temas claves que permitirán a los indígenas reafirmar sus intereses, lograr la auto-suficiencia y salir de la dependencia y la miseria. Plantean que los programas de educación deben partir del respeto a la cultura indígena y contar con la participación de los indígenas, tanto en el diseño de los programas como en su implementación.

El objetivo es lograr una educación de calidad en el caso de la educación primaria y secundaria, antes que nada se debe contar con maestros y profesores comprometidos, que hablan el idioma y reciban todo el apoyo necesario para desempeñar sus funciones: capacitación continua, salarios adecuados (pagados a tiempo), equipos y materiales didácticos y estructura para las escuelas y colegios que sean cómodos y se adecuen al ambiente.

Señala que la educación formal debe partir de la interculturalidad. El contenido debe valorizar el idioma y la cultura indígena, despertando en el niño el interés y el orgullo en el mundo natural y social que le rodea. El contenido de los materiales didácticos deben estar sujetos a un proceso de mejoramiento continuo; lo que se plantea es un proceso participativo que involucra a los niños y sus padres, los profesores, los supervisores y los educadores responsables de elaborar los contenidos.

La educación indígena debe ser de la misma categoría o mejor que las escuelas del país, ya que pretende revertir las condiciones históricas de discriminación y abandono en las comunidades que se encuentran. Entre otras cosas esto requiere invertir mas recursos per cápita en la educación indígena que en la educación de los sectores urbanos ya que estos actualmente están en mejores condiciones.

Los indígenas apuntan que la interculturalidad también implica un cambio dramático en los conocimientos y las percepciones del resto de la sociedad paraguaya. Plantean la

revalorización de las culturas indígenas y el reconocimiento de su importancia como parte de la sociedad paraguaya. Quieren conocer y divulgar los conocimientos, artes plásticas, poesía e historia indígena como parte de la ciencia, arte, literatura e historia nacional.

Aún más, habrá que crear espacios que permitan al indígena ofrecer su crítica de la sociedad nacional como un paso necesario dentro del proceso de redefinición de la identidad y de los valores paraguayos.

En todos los talleres los indígenas reclaman el acceso a la educación universitaria. Se dan cuenta que la educación universitaria es crítica para la formación de la clase profesional indígena que va a traducir la visión indígena del futuro en realidad. Habrá que tener abogados y médicos indígenas, ingenieros agrónomos y veterinarios, economistas, administradores, sociólogos, antropólogos, educadores y periodistas indígenas.

Actualmente, a pesar de las dificultades que se enfrentan, hay muchos indígenas que terminaron el bachillerato, pero que no pueden continuar sus estudios por falta de recursos y/o donde residir para asistir a la universidad.

Al mismo tiempo los indígenas reclaman el acceso a la capacitación técnica especialmente en los campos de la agricultura, ganadería, apicultura, piscicultura, la administración, la organización de productores, el mercadeo, la mecánica y la carpintería. En campos como la agricultura, la capacitación debe partir de los conocimientos y el análisis de las prácticas y estrategias indígenas, para desarrollar programas que realmente se adecuen al medio y a las realidades de las comunidades.

En resumen en el aspecto educativo, los indígenas coinciden que el resultado de la educación, que debe tener un enfoque intercultural y multilingüe, debe ser *“lograr indígenas con identidad definida y fortalecida, con capacidades para autodesarrollarse y/o relacionarse con el mundo, diferenciadamente y capaces de autodeterminarse, decidir libremente sus propias prioridades, participar en el desarrollo y articularse armónicamente con la sociedad nacional en el marco del respeto a las leyes y la diversidad cultural”*

“El indígena debe estudiar para defender su cultura, para conocer nuevas cosas, tener capacidad de comparar modelos, ideas. El indígena siempre confiaría más en un profesional indígena que en un no indígena dice una líder indígena al ser consultada sobre el tema de educación”.

Diagnóstico

La problemática más notoria de la educación se manifiesta en la siguiente manera.

- La falta de educación diferenciada para los indígenas, conforme a sus pautas culturales, tradiciones e identidad étnica.
- Falta de capacitación a los docentes indígenas y en lo relativo a la educación no formal.

- Infraestructura mínima insuficiente, en cuanto al local escolar mobiliario, (incluso sillas), útiles escolares, y más aún desayuno escolar y acceso precario.
- Escasa capacidad de los indígenas para implementar sus proyectos e iniciativas.
- Alta dependencia de las comunidades de organizaciones privadas y de entidades públicas para emprender cualquier iniciativa de desarrollo.
- Limitada capacidad de líderes, políticos indígenas para negociar, autodeterminar su desarrollo con su comunidad y la sociedad en su conjunto.
- Desvinculación de los procesos de educación indígena y su reafirmación cultural; especialmente la Educación Media y Universitaria. El sistema educativo actual y las oportunidades de acceso a la educación que se le concede a los indígenas, deja la impresión de que los indígenas deben darse por satisfechos al completar su educación básica.

Líneas de acción

Educación Básica

- La capacitación continua de los maestros y profesores indígenas, a través de cursos formales y capacitación en la comunidad – que a la vez les ofrecen la posibilidad de terminar el bachillerato y luego entrar a la universidad.
- El desarrollo y aplicación de sistemas de educación a distancia, utilizando tecnologías de última línea, basadas en la informática y el Internet.
- Sistemas de supervisión y capacitación continua basado en visitas por periodos cortos, ej.: de una semana, de profesores y especialistas de mayor nivel que participaran en las aulas con los profesores locales.
- Nombramiento rentado de maestros/as indígenas.
- Nivel Universitario
- Proveer becas para los estudiantes universitarios indígenas.
- Establecer residencias universitarias y proveer los servicios de apoyo que sean necesarios para asegurar que los indígenas puedan asistir a condiciones de igualdad.
- Ofrecer cursos preuniversitarios (cursos de fundación) que puedan incluir ciencias básicas, castellano, inglés, portugués y otros idiomas, literatura artes y otros, para asegurar que los estudiantes indígenas que entran en la universidad tengan el mismo o mejor nivel y conocimientos que los estudiantes no-indígenas.
- Establecer un programa de becas para los estudiantes indígenas que desean hacer cursos de post-grado en el exterior.

Educación Media y Vocacional

- La formación de técnicos medios indígenas a través de las escuelas agrícolas median-

te programas de aprendizaje en el campo (formación de para-técnicos indígenas que trabajarán como contraparte de los especialistas y técnicos contratados por los proyectos de desarrollo).

- La formación de los promotores de campo comunitario que serán responsables de aplicar y transmitir sus conocimientos en las comunidades donde viven.

5.5. *Tierra, Medio Ambiente y Seguridad Alimentaria*

Visión

La tierra, el medio ambiente y la seguridad alimentaria aparecen como un pre requisito para iniciar el proceso de desarrollo, por tanto aparecen como los temas mas importantes conjuntamente con el deseo de participar y ser respetado.

Al efecto se plantean:

- Que se garanticen la conservación y titulación de tierras y territorios indígenas y ampliación de asentamientos.
- Estar protegidos contra las invasiones de sus tierras, contra la invasión de pastos y productos agrotóxicos.
- Disponer de tierras en cantidad y calidad.
- Recibir apoyo permanente en sus comunidades para producir alimentos, son algunos de los sueños y demandas de los indígenas que hicieron escuchar en los diferentes talleres y consultas.
- Que el Estado (INDI) asuma su responsabilidad de titular y salvaguardar las tierras de dominio de varias comunidades indígenas que se encuentran agredidas en sus derechos territoriales por parte de campesinos criollos, explotaciones ganaderas, empresas sojeras y grandes proyectos viales.
- ue el Estado especialmente el INDI realice el saneamiento de las tierras adquiridas por el INDI para el beneficio de las comunidades (como ser la realización de mensuras, catastros, titulación y obras de protección)

Diagnóstico

Uno de los principales problemas de las comunidades indígenas, es el nivel de aseguramiento legal de la tenencia de tierras a nombre de las comunidades. Si bien el 80% de los indígenas disponen de tierra, sólo la mitad tienen sus títulos de propiedad; el resto está titulado a nombre de terceros o en proceso de pago por expropiaciones a nombre del INDI. En este aspecto, es resaltante la lentitud de los procesos de regularización de la tenencia de tierras, consistente en transferencia de títulos a los pueblos indígenas, por limitación de medios económicos y técnicos a nivel de la entidad rectora de la política indígena del país.

Se estima que sería necesario contar con unos veinte millones de US\$ para regularizar la tenencia de tierras de indígenas entre pago de deudas y adquisiciones de nuevas tierras.

Los temas de tierras, medio ambiente y seguridad alimentaria están tan íntimamente ligados que en los talleres fueron analizados juntos. Para entender el tema es importante reflexionar sobre las experiencias de los últimos 25 años. Desde que se promulgó la Ley 904 en 1981 las extensiones de tierras adquiridas y tituladas a nombre de los indígenas han aumentado mucho, gracias al trabajo realizado por el INDI, las ONG, las iglesias y las agencias internacionales. Sin embargo, en general **la situación de las comunidades indígenas ha empeorado**. En la Región Oriental la mayoría de las comunidades indígenas conviven con el hambre y no logran autoabastecerse.

Las familias que no tienen tierras propias migran a las ciudades a rebuscarse, recojiendo basuras o pidiendo limosnas. Muchas comunidades que tienen tierras ahora son como pequeñas islas, más kokueré que bosque, rodeados de la pastura de las empresas ganaderas vecinas, que invade sus cultivos y las deja expuestas a incendios en las épocas de sequía. En las regiones más fértiles las comunidades están rodeadas por cultivos mecanizados de soja y trigo; sufren el impacto directo de los herbicidas y pesticidas, los arroyos están colmatados, y el agua – hasta de los pozos, están contaminados por agro-tóxicos.

Los indígenas que antes vivían de una estrategia mixta, de agricultura, caza, pesca, recolección y trabajos temporales en los obrajes y yerbales ahora no tienen bosques donde cazar o recolectar alimentos y dependen exclusivamente de la agricultura, en suelos empobrecidos, ya que no tienen tierras suficientes para mantener los ciclos tradicionales de roza y quema.

La ecología del Chaco Central también ha sido transformado y hoy en día el desmonte se extiende hasta la región del Alto Paraguay, donde los ganaderos están deforestando grandes extensiones de bosques para implantar pasturas artificiales.

El hambre, la pobreza y la falta de otras alternativas llevan a los indígenas a deprender sus propios bosques. Venden rollos, con o sin permiso – en algunos casos para cubrir necesidades inmediatas de la comunidad.

La Ley 904/81 representó un avance muy importante para los indígenas, ya que antes de su promulgación no existía un marco adecuado para la propiedad comunitaria. Sin embargo es importante reconocer que la Ley 904/81 no refleja fielmente la visión y la realidad indígena. En primer lugar la ley y Constitución Nacional se enmarcan dentro de un concepto de la tierra como propiedad, más occidental que indígena. Entre otras cosas la ley establece una superficie mínima de 20 hectáreas por familia para los indígenas de la Región Oriental y de 100 hectáreas por familia para los indígenas del Chaco.

Las superficies mínimas – que muchas comunidades no alcanzan hoy en día, se basan en los requerimientos por un lado del campesino paraguayo tradicional de la Región

Oriental y por otro lado del pequeño ganadero chaqueño o del agricultor Menonita (270 Has.) en realidad es de reconocer que los Menonitas originalmente definieron una superficie de 270 hectáreas como la superficie **mínima** necesaria por familia. Las superficies previstas en el Estatuto de las Comunidades Indígenas no responden a las realidades de comunidades indígenas que viven de una estrategia mixta de agricultura, caza, pesca, recolección, trabajo asalariado y en algunos casos de la ganadería. Anteriormente no se presentaban tantos problemas ya que los indígenas usaban la tierra asignadas de acuerdo a la ley para sus cultivos y entraban en la propiedad de los vecinos para cazar, pescar o recolectar. Hoy en día la mayoría de comunidades de la Región Oriental y del Chaco Central no pueden hacer esto, debido a la deforestación masiva de las propiedades vecinas.

Esta situación plantea una serie de necesidades. En primer lugar y **en paralelo** con las actividades de regularización de tierras que se describe a continuación, habrá que buscar otras figuras legales para asegurar el acceso a los recursos naturales. Entre ellas figurarán los acuerdos o convenios sobre el acceso a las áreas protegidas y especialmente en regiones menos intervenidas, como el Bajo Chaco, acuerdos y convenios con los propietarios privados. Los acuerdos podrán incluir convenios en los cuales los indígenas figuran como los dueños de la tierra y ceden derechos específicos a terceros, por ejemplo para pastorear ganado o manejar la propiedad como área protegida. En otros casos los dueños actuales mantendrán sus títulos legales, pero tendrán que aceptar restricciones de uso – por ejemplo, de no deforestar la propiedad, y otorgarán derechos específicos a los indígenas – por ejemplo, para cazar, pescar, recoger leña y otros productos forestales.

Al mismo tiempo habrá que adquirir tierras para las comunidades que no tienen tierras propias y para las comunidades que no tienen superficies suficientes y/o tierras cultivables. Uno de los problemas principales que los indígenas identifican es que el gobierno no quiere asignar más recursos para la adquisición de tierras debido al mal manejo del INDI en años anteriores. El problema de la falta de transparencia parece ser generalizada, o sea no es un problema que se limita exclusivamente al INDI. En todo caso la situación puede revertirse con buen sistema de control.

En primer lugar, habrá que establecer un sistema más transparente para priorizar las comunidades que deben beneficiarse del programa de adquisición de tierras. Para comenzar, el INDI tendrá que contar con una base de datos sobre todas las comunidades y las tierras indígenas del país; debe cubrir tanto las comunidades que tienen tierras como las comunidades sin tierras. La base de datos tendrá que incorporar la información del Censo Nacional Indígena del 2002 y la información disponible en los archivos del INDI, especialmente del Registro de Líderes. También se debe armar una base de datos sobre todas las tierras adquiridas para las comunidades indígenas. Los datos deben incluir como mínimo la ubicación geográfica, población, pueblo, origen de la comunidad, líderes, superficie de tierras, situación de tenencia y las actividades del INDI y otras agencias en la comuni-

dad. Al mismo tiempo habrá que desarrollar una metodología transparente para evaluar las propiedades que se quiere adquirir. **Como se debe priorizar la adquisición de tierras para las comunidades indígenas?. Como se puede asegurar la transparencia en las negociaciones?.**

En los talleres los indígenas recamaron la regularización de las tierras adquiridas por el INDI. Muchas comunidades se encuentran muy vulnerables a las invasiones y el saqueo de sus recursos naturales por no contar con títulos regularizados. Entre los problemas identificados se encuentran:

- Tierras que fueron expropiadas pero no pagadas
- Tierras que fueron adquiridas y pagadas pero que no fueron mensuradas
- Tierras o fracciones que están en litigio (embargadas, con problemas de linderos, etc), y
- Tierras adquiridas por el INDI y otras entidades que no fueron transferidas a las comunidades.
- Otra prioridad es de alambrar los perímetros más vulnerables de las tierras que están amenazadas por sus vecinos o por supuestos “campesinos sin tierra”.

Líneas de acción

El aseguramiento de la tenencia de tierras, comprende las siguientes líneas principales de acción:

- a. Adquisición de tierras para comunidades indígenas, conforme las estipulaciones de la Legislación vigente;
- b. Regularización y administración de las tierras: registros de propiedad de la tierra, ordenamiento territorial, catastro, transferencia de títulos a las comunidades indígenas.
- c. Financiamiento de la construcción y mejoramiento de infraestructura básica: acceso al agua, caminos y obras de arte (puentes), centros comunitarios, escuelas y puestos de salud y sistema de información.
- d. Defensa Legal denuncias de transgresiones de derechos de indígenas acompañamiento legal.
- e. Fiscalización de estudios de impacto de impacto ambiental sobre comunidades indígenas y programas de mitigación de acción antrópica en zonas con comunidades indígenas.
- f. Articulación de acciones y concertación de enfoques de acción en el aspecto ambiental, manejo de la tierra y reforma agraria;
- g. Realización de estudios relativos al hábitat indígena, biodiversidad, pueblos silvícolas con riesgos de sobrevivencia;

- h. *Protección del patrimonio* de los indígenas, posibilitando la participación consciente de éstos en la conservación, utilización y administración de las aguas, los suelos, el subsuelo, la flora, la fauna y el bosque afectados a sus tierras.
- i. *Ajuste de normas* y desarrollo institucional.

Las acciones para defender el medio ambiente y promover la seguridad alimentaria de las comunidades indígenas deben implementarse en estrecha vinculación con las actividades de regularización de la tenencia de tierras y requieren de un esfuerzo conjunto del INDI, la SEAM, el MAG, las gobernaciones y las agencias privadas (ONG, misiones religiosas, etc.) ya que los problemas de medio ambiente y alimentación que los indígenas enfrentan son tan difíciles y tan complejos que una sola institución no va poder resolverlos. Los lineamientos básicos para estos programas deben ser:

- Que partan de un análisis profundo de las realidades, las expectativas y los conocimientos de los indígenas – o sea ya no se alentarán proyectos “de gabinete”, elaborados sin la participación real de los miembros de la comunidad. Para el efecto se tomarán las previsiones para generar un cambio radical en el enfoque, las actitudes, y el ritmo de trabajo de las agencias nacional involucradas y de las agencias internacionales que financian los programas, y
- Los programas y proyectos tienen que crear y fortalecer la capacidad de gestión de las comunidades indígenas. Al respecto se fortalecerán no solamente la capacidad técnica, sino sobre todo los mecanismos de organización y toma de decisiones para iniciar un proceso de cambio que puede transformar la situación de las comunidades indígenas. Aquí la prioridad inmediata es de lograr el “desarrollo con identidad” a través de programas pilotos que desarrollen la capacidad de los líderes y técnicos indígenas y ofrecen modelos de organización que se adecuen a las realidades y valores indígenas.

5.6. *La salud*

Visión

Para los indígenas la salud es vida; incluye la salud física, mental, sociológico, espiritual muy vinculado a un ambiente apropiado para desarrollar tal como establece sus pautas culturales. Para aquellos indígenas que viven fuera de sus comunidades; la vinculación por lo menos temporal, con la madre naturaleza les reconforta la vida.

Invariablemente, los indígenas sueñan con que sean atendidos en forma oportuna y respetuosa cuando tienen problemas de salud.

Además están preocupados por la pérdida creciente de su medicina natural, especialmente por el deterioro de los recursos naturales. Al respecto esperan oportunidades mayo-

res para formar a sus promotores de salud y conciliar la medicina indígena con la occidental.

Diagnóstico

El Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el INDI, las ONG y las iglesias han logrado avances significativos en la salud preventiva, especialmente con las inmunizaciones y programas básicos como la terapia de rehidratación oral. Como resultado a partir de los años 1970 la población indígena ha demostrado una alta tasa de crecimiento.

Sin embargo, las tasas de morbi-mortalidad – especialmente de mortalidad infantil siguen siendo muy altas y el crecimiento se logra en gran medida por las altísimas tasas de fertilidad.

Los problemas de salud identificados por los indígenas se relacionan a las condiciones sociales y ambientales. En otras palabras son el hambre, la contaminación del agua y la discriminación en la provisión de servicios. No existen estudios sistemáticos sobre la salud indígena a nivel nacional, sin embargo, la información disponible sugiere que los pueblos indígenas tienen indicadores de mortalidad infantil, desnutrición, de TCB y otras enfermedades transmisibles muy encima del resto de la población rural. Además los indígenas señalan que sufren discriminación en el trato: tienen que esperar horas, hasta días para que el médico les atienda porque ellos no saben hablar sus idiomas, no hay medicamentos y tienen que pagar por las radiografías y otros análisis.

Los costos de atención médica están fuera de su alcance y es común escuchar de personas que se mueren por la falta de tratamiento o medicamentos sencillos.

Actualmente, debido a la discriminación, al maltrato y a la falta de medicamentos y otros recursos los indígenas prefieren acudir directamente al hospital indígena en Limpio. Esto representa un costo alto para el MSP y BS y el INDI (que provee los medicamentos). Hasta el momento no existe una estructura institucional efectiva de diagnóstico y remisión que puede distinguir los casos que deben tratarse en los centros municipales, departamentales o nacionales.

Líneas de acción

Para lograr avances significativos en la salud indígena habrá que realizar una serie de acciones en paralelo:

- En primer lugar, fortaleciendo de los programas existentes de capacitación de promotores de salud, supervisores, enfermeras y médicos indígenas, y establecimientos de un sistema de detección y remisión de los problemas más críticos. La existencia de una estructura de atención médica efectiva facilitará la comunicación y educación que serán los puntos de partida para cualquier programa de prevención y atención pri-

maria. Los promotores realizaran campañas preventivas y atenderán los casos más sencillos y enviarán los casos más complicados a los Centros de Salud y hospitales que funcionan a nivel municipal y departamental. Así se remitirán solamente los casos más críticos a Asunción. En este aspecto se sugiere la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que se debe hacer para mejorar el trato de los pacientes indígenas en los Centros de Salud y hospitales, especialmente en el interior?

En segundo lugar desarrollo de un enfoque intercultural, en la atención médica trabajando con los médicos, chamanes y parteras indígenas. Mediante el diálogo entre los médicos y promotores de los servicios de salud pública y los médicos tradicionales se podrá desarrollar sistemas de diagnóstico y tratamiento que se refuerzan el uno al otro. Los médicos tradicionales y chamanes pueden remitir los casos que no respondan a la medicina tradicional (por ejemplo, casos de tuberculosis), y los promotores y médicos del sistema público, occidental, puede buscar el apoyo del sistema tradicional en los casos que no responden a la medicina occidental (infracción de tabúes, payé vaí, etc.) **¿Será posible lograr la integración de la medicina occidental con la medicina indígena tradicional?. Cómo se puede iniciar el proceso?.**

En tercer lugar como tema de prioridad identificada por los indígenas, no solo en el Chaco pero también en la Región Oriental: se cita el acceso al agua limpia. En el Bajo Chaco muchas comunidades aún dependen del agua de tajamares y lagunas, que está muy contaminada, especialmente en épocas de sequía. Una de las prioridades será de desarrollar sistemas de bajo costo y de fácil mantenimiento para filtrar y potabilizar el agua de los tajamares. En la Región Oriental los indígenas plantean la necesidad de tener pozos profundos, ya que el agua superficial y los pozos abiertos está contaminado por los herbicidas y pesticidas. Así mismo deberán realizarse otras acciones de saneamiento ambiental – entre ellas programa de drenaje, recolección de basura, mejoramiento de las viviendas, construcción de baños y programa de control de vectores (especialmente los vectores de dengue y del mal de Chagas), priorizando a las poblaciones indígenas más urbanas, como los “barrios obreros” del Chaco Central o los “pueblitos” del Alto Paraguay.

5.7. Seguridad Alimentaria y Economía Indígena

Visión/Diagnóstico

La problemática alimentaria se manifiesta abiertamente por el hecho de que los indígenas no cuentan con los rubros básicos para satisfacer la alimentación diaria básica, siendo frecuente la desnutrición que junto con la parasitosis ocasionan enfermedades carenciales; que a su vez influyen en la capacidad de trabajo, cerrándose así el círculo vicioso.

Entre las causas de los déficit en la producción se anota la carencia o escasez de asistencia técnica calificada con enfoque intercultural: pocos son los técnicos agropecuarios

que manejan la cultura de cada etnia. Por otro lado las limitaciones de funcionamiento y la debilidad de las organizaciones para encarar programas productivos rentables y sostenibles a las comunidades hacen difícil a estos lograr su autoabastecimiento y acceder a mercados.

En los talleres los indígenas primero reivindican el derecho a las condiciones mínimas de seguridad alimentaria y acceso a servicios básicos, tales como agua y salud. Sin embargo, el énfasis en las necesidades básicas no implica que los indígenas no quieran participar en la economía nacional. Al contrario los pueblos indígenas expresaron un fuerte deseo de participar en condiciones de igualdad con los demás sectores de la sociedad paraguaya, pero diferenciadamente es decir: hacer realidad el concepto de Desarrollo con Identidad.

Que quiere decir condiciones de igualdad?. Para los indígenas que trabajan como empleados – en las estancias, explotaciones agrícolas y fábricas, así como las empleadas domésticas, la igualdad implica que sus empleadores respeten las leyes laborales. Se les paga al igual que cualquier otro empleado, un jornal o salario justo, sin descuentos exagerados, a tiempo – y en dinero y no con vales o especies. Para los indígenas que trabajan como agricultores, ganaderos, artesanos y otros productores independientes quiere decir con el mismo acceso a la información y la capacitación, al crédito y al mercado que cualquier otro productor – o sea sin tener que depender de intermediarios, acopiadores, etc.

Loa indígenas señalan que hoy en día se encuentran en una situación de franca desventaja: no conocen y/o no pueden hacer cumplir las leyes laborales; se les roba con impunidad – en el Bajo Chaco los indígenas no pueden dedicarse a la ganadería por temor de los abigeos no indígenas, que típicamente trabajan para patrones influyentes.

Igualmente muchos indígenas no pueden dedicarse a la agricultura de renta por la falta de insumos, créditos y maquinaria, mientras las comunidades que se dedican a la agricultura comercial, por ejemplo en el Chaco Central, se encuentran en situación de franca desventaja por depender de intermediarios para acceder al crédito y comercializar su producción.

Uno de los temas más críticos es la necesidad de encontrar sistemas para organizar y administrar las actividades económicas – y para repartir los beneficios y excedentes en una manera justa y que responden a la visión indígena y no simplemente seguir los modelos individualistas o el cooperativismo formal de los otros sectores del país. Esto implica todo un proceso de desarrollar nuevos modelos que se adecuen a los valores de los pueblos indígenas y a las exigencias del mundo moderno. Para ello se debe responder la siguiente interrogante. **¿Cómo se puede fomentar las actividades económicas en las comunidades indígenas? ¿Qué instituciones deben o pueden participar en el proceso?**

Mercado restringido de la artesanía indígena, cuyo principal nicho de mercado constituyan los turistas extranjeros y muy escasamente de los paraguayos, en parte debido al racismo predominante en la población nacional.

Los canales de comercialización de productos étnicos están poco desarrollados; si bien existen organizaciones de indígenas o indígenas que está realizando alguna labor de intermediación de productos artesanales; tiene, limitación para encarar procesos de mercado en el exterior.

Los productos artesanales indígenas y productos orgánicos con sello étnico, requieren de un sistema de “Certificación” y de protección de marcas muy bien establecida y seria, sistema que no se cuenta aún en el país.

Por otro lado, los indígenas se enfrentan con el desafío de insertarse en el mundo globalizado para vender sus productos; para el cual se requiere una identidad definida y fortalecida, aprovechando los NICHOS DE MERCADO para productos ETNICOS. En este aspecto es necesario iniciar todo un **proceso de desarrollo de productos y mercado**, diferenciadamente para cada pueblo, pasando por el rescate de tecnologías autóctonas; protección de semillas nativas; protección de patrimonio científico/tecnológico indígena, etc.

Es necesario tener presente que antes de iniciar en desarrollo económico en comunidades indígenas, la producción hacia la conquista de la seguridad alimentaria aparece como el principal desafío que debe ser resuelto en marco de la política indígena; en vista de que el mismo se constituye en el factor desencadenante de otros problemas muy serios; como ser la migración hacia las ciudades, el deterioro de la salud, la presión sobre los recursos naturales, la desintegración y pérdida de pautas culturales y la dificultad de mantener sus tierras y hábitat entre otros.

Líneas de acción

Transversalización del enfoque de interculturalidad en las Políticas Públicas de Seguridad Alimentaria y Desarrollo Económico.

Ejecución de programas de apoyo a la seguridad alimentaria y generación de rentas indígenas tales como:

- Rescate y protección de tecnología indígena incluyendo germoplasmas nativo y otros conocimientos ancestrales sobre la biodiversidad;
- Desarrollo de tecnologías apropiadas o alternativa para comunidades indígenas; que aseguren la producción diversificada de rubros de consumo y renta, en cantidad suficiente para la alimentación y mejoramiento de ingresos de las comunidades indígenas;
- Desarrollo de productos y aprovechamiento de mercados de productos y servicios ambientales, ecoturismo comunitario, arte y artesanía y productos forestales, productos orgánicos, etnofarmacología;
- Servicios de financiamiento apropiados a comunidades indígenas tales como:
- Fondo de Inversión Social, de carácter no reembolsable;

- Fondo Rotatorio;
- Créditos Solidarios;
- Créditos para Microempresas;
- Fondos Comunitarios para arraigo;
- Fondos de conservación de recursos naturales, etc.
- servicios de asistencia técnica y gestión de mercadeo;
- Servicios de protección de la propiedad intelectual para comunidades y pueblos indígenas.

Provisión de apoyo alimentario en casos de emergencias y situaciones críticas;

Capacitación profesional de indígenas para emprender actividades productivas de auto-sustento y de generación de rentas;

Denuncia e implementación de sistemas de protección del hábitat indígena contra uso de agrotóxicos, deforestación indiscriminada, erosión de suelos, contaminación de fuentes de agua y contra la difusión, dentro de las comunidades indígenas, de sistemas productivos e insumos que ponen en riesgo la sostenibilidad económica, ambiental y cultural de las mismas.

5.8. *Los Indígenas Urbanos*

Visión / Diagnóstico

De acuerdo al Censo Indígena de 2002 se registran unos 228 indígenas, de 15 pueblos, que residen en forma permanente en el área metropolitana de Asunción. Los indígenas de la ciudad son orgullosos de su identidad y mantienen contacto con sus comunidades de origen; cuando vuelven a sus comunidades pueden reintegrarse a la vida comunitaria. Al mismo tiempo siempre sirven de apoyo a los miembros de sus pueblos que vienen a la ciudad para hacer sus trámites, buscar tratamiento médico, etc.

Entre los indígenas de la capital se encuentran personas que han terminado la educación secundaria y hasta universitaria. Sin embargo, se quejan que algunos indigenistas tratan de descalificarles, tildándoles de “capitalinos”; así piden que se les reconozcan como indígenas de acuerdo a los Artículos 62 y 63 de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT.

Al mismo tiempo se presenta otro fenómeno, que es la llegada de indígenas que deambulan por las calles de Asunción y las ciudades del interior, recogiendo basura y pidiendo limosnas. Son grupos desmoralizados que han adoptado vicios como el alcoholismo, el uso de drogas y estupefacientes y la mendicidad.

Los indígenas de la ciudad capital y área metropolitana han formado una asociación para representar sus intereses. Ellos reivindican la participación no como líderes, sino

como voceros, asesores, consultores y defensores de sus pueblos y expresan su preocupación por la situación de los indígenas que viven en forma ambulatoria.

Líneas de acción

La situación de los indígenas urbanos plantea por lo menos dos líneas de acción:

Apoyar contactos entre los indígenas que residen en la ciudad, con sus comunidades de origen y las agencias que trabajan con los indígenas.

Buscar soluciones al creciente problema de los indígenas que llegan y viven en forma precaria. En este aspecto se buscará soluciones estructurales, basados en el análisis de la situación real y las expectativas de estos grupos; y no simplemente ofrecer medidas paliativas que a largo plazo estimula la migración hacia las ciudades.

6. Una aproximación a los encuadres legales que acompañan la demanda de la práctica de derechos culturales, educativos y socio-económicos de los pueblos indígenas.

El análisis de la cobertura jurídica para la atención de los aspectos culturales-educativos-lingüísticos y socio-económicos presentados a través de los foros y congresos indígenas, los aspectos más reclamados para su encuadre en lo que al marco jurídico se refieren, en orden a su reiteración: educación, trabajo, tierra, salud y aspectos culturales, tales como reconocimiento de derechos sobre sus costumbres, modos y tradiciones.

Existe un buen marco jurídico principalmente en lo referente a la educación las lenguas y de manera más tenue lo correspondiente a la salud y la tenencia de la tierra; sin embargo no se da una correlación lógica entre lo establecido y su aplicación. A modo de ejemplo puede mencionarse los derechos lingüísticos y el acceso a la educación. En cuanto a los aspectos culturales es más vigente la práctica del derecho consuetudinario que es aplicado y respetado como norma de derecho personal y social. En las comunidades indígenas el afianzamiento de costumbres familiares y grupales, el trabajo corporativo, los modelos y funciones del hombre y la mujer, en la tava y el oga, el uso de la medicina tradicional, las prácticas religiosas, la transmisión de valores y creencias; entre otros no precisan normas jurídicas legales, ni son reclamadas de ellas para su fiel cumplimiento y en casi todos los casos, la misma sociedad actúa de contralora y vigilante de su práctica efectiva.

7. A modo de conclusiones

El conjunto de leyes de la nación, los eventos nacionales y los organizados por los grupos indígenas desarrollan un proceso con luces y sombras donde evidentemente existe declaración de intenciones plausibles; sin embargo la aplicación de las mismas necesita

seguimiento, monitoreo y evaluación por las instancias responsables.

Las genuinas aspiraciones de los pueblos indígenas tienen amplio respaldo desde el marco jurídico en lo concerniente a educación y cultura, pero habría que seguir avanzando e ir creando nuevos instrumentos jurídicos y nuevas estrategias de apoyo a su aplicación efectiva.

Lo expuesto representa un tremendo desafío a la sociedad nacional que debe concretar el paso de una sociedad de consumo e individualista a una sociedad humana y solidaria. Como señala uno de los Ayoreo: “para nosotros la carencia de un indígena es la carencia de la comunidad. Si a uno le falta alimentos, la comunidad va a procurarlos, aún no teniendo nada”.

AS LEIS DA EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO BRASIL

Marcia Moraes Blanck*

SUMARIO: 1. Contexto Geral. - 2. As Leis. - 3. Conclusão.

1. Contexto Geral

O Brasil hoje reconhece a diversidade sociocultural dos povos indígenas. Ela se expressa pela presença de mais de 220 povos indígenas distintos, habitando centenas de aldeias localizadas em praticamente todos os Estados da Federação. Vivem em 628 terras indígenas descontínuas, totalizando 12,5% do território nacional. Apesar da ampla distribuição, mais de 60% da população indígena está concentrada na região da Amazônia Legal.

Do litoral ao sertão, da caatinga ao pantanal, da floresta ao cerrado, são muitos os ambientes nos quais os povos indígenas estão localizados, resultando em diferentes formas de interação e adaptação à natureza e em diferentes modos de vida. Há povos que têm na agricultura sua principal fonte de alimentos, enquanto outros diversificam suas estratégias de sobrevivência com atividades de pesca, caça e coleta de produtos silvestres. E há também aqueles que estão inseridos na economia de mercado seja comercializando excedentes, seja vendendo sua força de trabalho.

Ainda que não se tenha dados precisos sobre a população indígena no Brasil, é certo afirmar que eles já foram muito mais numerosos no passado. Estima-se que, em 1500, a população indígena estava em torno de seis milhões de indivíduos, quando da chegada dos primeiros conquistadores. E já chegaram a um patamar populacional bem inferior ao estimado no presente: na primeira metade do século passado, a população indígena teria chegado a 200.000 pessoas. Nos últimos 30 anos, revertendo a curva decrescente da população indígena, tem se registrado um aumento populacional constante, ancorado na melhoria das condições sanitárias e de assistência médica nas aldeias, na proteção e demarcação de territórios indígenas e no reconhecimento dos direitos dessas populações em manterem suas identidades e especificidades culturais, históricas e lingüísticas.

A população indígena no Brasil está hoje estimada entre 350 e 500 mil índios em terras indígenas, segundo agências governamentais e não-governamentais. Não há informações sobre índios urbanizados, embora muitos deles preservem suas línguas e tradições. De

* Ministério da Educação de Brasil.

acordo com o censo populacional do IBGE, realizado em 2000, a população indígena no Brasil seria de 734.131 indivíduos. Esse total é questionado por especialistas, uma vez que o IBGE chegou a ele por meio do quesito cor da pele, e não por meio da auto-identificação étnica. Assim, pessoas que consideram que tem a pele cor indígena não necessariamente se reconhecem e são reconhecidas como pertencentes a uma comunidade indígena particular.

De modo geral, os povos indígenas no Brasil conformam grupos com baixa densidade populacional: mais de 50% desses povos são constituídos por menos de 500 indivíduos, e apenas três povos são formados por mais de 20.000 pessoas. Alguns povos indígenas que habitam o território brasileiro também vivem em países vizinhos. Há notícias de cerca de 40 “povos isolados” no Brasil que têm se recusado a um contato mais direto e permanente com segmentos da sociedade brasileira. E, nos últimos tempos, vários povos considerados “extintos” estão ressurgindo em meio a processos de reafirmação étnica, exigindo o reconhecimento de suas identidades por parte do governo brasileiro. São assim, diversas e dinâmicas as experiências históricas de contato dos povos indígenas com a sociedade brasileira, resultando uma heterogeneidade de situações de contato e convívio.

As situações sociolinguísticas vividas pelos povos indígenas são também extremamente diversas. Hoje são conhecidas 180 línguas indígenas, distribuídas em 41 famílias, dois troncos lingüísticos e dez línguas isoladas. Alguns povos indígenas falam mais de uma língua, outros são monolíngues, quer na língua indígena, quer no português, como é o caso de vários povos que habitam próximo ao litoral, para os quais hoje o português é sua única língua de expressão. Em face da baixa densidade populacional de vários povos e devido ao fato de se constituírem povos minoritários dentro do Estado Nacional, muitas línguas, hoje, correm o risco de desaparecer. A escola, que no passado foi um dos principais instrumentos de negação da diversidade lingüística e de imposição do português como língua nacional, pode ter um papel importante na manutenção e na valorização das línguas indígenas.

2. *As Leis:*

2.1 *Direitos Indígenas na Constituição Federal de 1988*

Passados quase vinte anos da promulgação da atual Constituição brasileira é possível afirmar que o direito dos povos indígenas no Brasil a uma educação diferenciada e de qualidade, ali inscrito pela primeira vez, encontrou amplo respaldo e detalhamento na legislação subsequente.

Com a constituição de 1988, assegurou-se aos índios no Brasil o direito de permanecerem índios, isto é, de permanecerem eles mesmos, com suas línguas, culturas e tradições. Ao reconhecer que os índios poderiam utilizar suas línguas maternas e seus processos de aprendizagem na educação escolar, instituiu-se a possibilidade de a escola indígena contri-

buir para o processo de afirmação étnica e cultural desses povos, deixando de ser um dos principais veículos de assimilação e integração.

Desde então, as leis subseqüentes à Constituição que tratam da educação, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação, têm abordado o direito dos povos indígenas a uma educação diferenciada, pautada pelo uso das línguas indígenas, pela valorização dos conhecimentos e saberes milenares desses povos e pela formação dos próprios índios para atuarem como docentes em suas comunidades. Comparativamente a algumas décadas atrás, trata-se de uma verdadeira transformação em curso, que tem gerado novas práticas a partir do desenho de uma nova função social para a escola em terras indígenas.

Nesse processo, a educação indígena saiu do gueto, seja porque ela se tornou tema que está na ordem do dia do movimento indígena, seja porque há que se construir respostas qualificadas a essa nova demanda por parte daqueles a quem cabe gerir os processos de educação brasileira, na medida em que será preciso encontrar novas e diversificadas soluções, exercitando a criatividade e o respeito frente àqueles que precisam de respostas diferentes.

Esse relativamente novo ordenamento jurídico, gerado em âmbito federal, tem encontrado detalhamento e normatização nas esferas estaduais, por meio de legislações e normas específicas que procuram adequar preceitos nacionais às suas particularidades locais. Esse é o caminho para uma legislação que tem tratado de princípios, cuja realização depende de cada contexto específico.

Já se acusou essa legislação de ser excessivamente genérica. Mas como contemplar a extrema heterogeneidade de situações e de vivências históricas dos mais de 200 povos indígenas no Brasil contemporâneo? Essa questão já encontrou uma resposta no Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas, de 1998:

“Os princípios contidos nas leis dão abertura para a construção de uma nova escola, que respeite o desejo dos povos indígenas, por uma educação que valorize suas práticas culturais e lhes dê acesso a conhecimentos e práticas de outros grupos e sociedades. Uma normatização excessiva ou muito detalhada pode, ao invés de abrir caminhos, inibir o surgimento de práticas pedagógicas e falhar no atendimento a demandas particulares colocadas por esses povos. A proposta da escola indígena diferenciada representa, sem dúvida, uma grande novidade no sistema educacional do país, exigindo das instituições e órgãos responsáveis a definição de novas dinâmicas, concepções e mecanismos, tanto para que essas escolas sejam de fato incorporadas e beneficiadas por sua inclusão no sistema, quanto respeitadas em suas particularidades” (RCNEI, pág.34).

A atual Constituição da República Federativa do Brasil entrou em vigor em outubro de 1988, quando foi promulgada, depois de mais de um ano e meio de trabalho da Assembléia Nacional Constituinte. Durante todo o ano de 1988, o movimento indígena e

o movimento de apoio aos índios se articularam para conduzir as iniciativas referentes aos direitos indígenas na futura Constituição do país. Além de participar das discussões de temas correlatos, assessoraram os parlamentares na elaboração de propostas e emendas constitucionais em favor dos índios. Essa mobilização foi fundamental para garantir a consagração dos direitos indígenas e para barrar as ações de grupos contrários, interessados na exploração dos recursos naturais dos territórios indígenas.

O maior saldo da Constituição de 1988, que rompeu com uma tradição da legislação brasileira, diz respeito ao abandono da postura integracionista que sempre procurou incorporar e assimilar os índios à “comunidade tradicional”, vendo-os como uma categoria étnica e social transitória, fadada ao desaparecimento. Com a aprovação do novo texto constitucional, os índios não só deixaram de ser considerados uma espécie em vias de extinção, como passaram a ter assegurado o direito à diferença cultural, isto é, o direito de ser índio e de permanecer como tal.

Não cabe mais à União a tarefa de incorporá-los à comunhão nacional, como estabeleciam as constituições anteriores, mas é de sua responsabilidade legislar sobre as populações indígenas com o intuito de protegê-las. A Constituição reconhece aos índios “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, definindo esta ocupação não só em termos de habitação, mas também em relação ao processo produtivo, à preservação do meio ambiente e à reprodução física e cultural dos índios. Embora a propriedade das terras, ocupadas pelos índios seja da União a posse permanente é dos índios, aos quais se reserva a exclusividade do usufruto das riquezas aí existentes.

Outra inovação importante da atual Constituição foi a de garantir aos índios, a suas comunidades e organizações, capacidade processual para entrar na Justiça em defesa de seus direitos e interesses. O Ministério Público é chamado a participar desse processo, mas não é condição para sua instauração. Ao Ministério Público cabe a defesa dos interesses indígenas, sendo a Justiça Federal o fórum para resolver pendências judiciais envolvendo os povos indígenas.

Além do reconhecimento do direito dos índios de manterem sua identidade cultural, a Constituição de 1988 garante a eles, no artigo 210, o uso de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, cabendo ao Estado proteger as manifestações das culturas indígenas. Esses dispositivos abriram a possibilidade para que a escola indígena se constitua num instrumento de valorização das línguas, dos saberes e das tradições indígenas, deixando de se restringir a um instrumento de imposição dos valores culturais da sociedade envolvente. Nesse processo, a cultura indígena, devidamente valorizada, deve ser a base para o conhecimento dos valores e das normas de outras culturas. A escola indígena poderá, então, desempenhar um importante e necessário papel no processo de auto-determinação desses povos.

2.2 *Educação Indígena na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394)*

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de dezembro de 1996 e promulgada no dia 20 de dezembro daquele ano. Ela estabelece normas para todo o sistema educacional brasileiro, fixando diretrizes e bases da educação nacional desde a educação infantil até a educação superior. Também conhecida como LDB, LDBEN ou Lei Darcy Ribeiro, esta lei está abaixo da Constituição e é de fundamental importância porque trata, de modo amplo, de toda a educação do país.

A atual LDB menciona de forma explícita a educação escolar para os povos indígenas em dois momentos. Ela aparece na parte do ensino fundamental, no artigo 32, estabelecendo que este será ministrado em língua portuguesa, mas que será assegurado às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Ou seja, reproduz-se aqui o direito inscrito no Capítulo 210 da Constituição Federal.

A outra menção à educação escolar indígena está nos artigos 78 e 79, já nas “Disposições Gerais”. Ali preconiza-se como dever do Estado o oferecimento de uma educação escolar bilíngüe e intercultural, que fortaleça as práticas socioculturais e a língua materna de cada comunidade indígena, e proporcione a oportunidade de recuperar suas memórias históricas e reafirmar suas identidades, dando-lhes, também, acesso aos conhecimentos técnicos-científicos da sociedade nacional. Para que isto possa ocorrer, a LDB determina a articulação dos sistemas de ensino para a elaboração de programas integrados de ensino e pesquisa, que contem com a participação das comunidades indígenas em sua formulação e que tenham como objetivo desenvolver currículos culturais correspondentes às respectivas comunidades. A LDB ainda prevê a formação de pessoal especializado para atuar nessa área e a elaboração de publicação de materiais didáticos específicos e diferenciados.

Com tais determinações, a LDB deixa claro que a educação escolar indígena deverá ter um tratamento diferenciado das demais escolas dos sistemas de ensino, o que é enfatizado pela prática do bilingüismo e da interculturalidade.

Outros dispositivos da LDB possibilitam colocar em prática esses direitos, dando liberdade para que cada escola indígena defina, de acordo com suas particularidades, seu respectivo projeto político-pedagógico. Assim, por exemplo, o artigo 23 da LDB trata da diversidade de possibilidades na organização escolar, permitindo o uso de séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudo, grupos não seriados ou por critério de idade, competência ou outros critérios. No artigo 26, para darmos mais um exemplo, fala-se da importância de considerar as características regionais e locais da sociedade e da cultura, da economia e da clientela de cada estado, para que se consiga atingir os objetivos do ensino fundamental. Ou seja, outros dispositivos presentes na LDB evidenciam a abertura de muitas possibilidades para que de fato a escola possa responder à demanda da comunidade e oferecer aos educandos o melhor processo de aprendizagem.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional instituiu, no artigo 87, a “Década da Educação”, que teve início um ano após sua publicação. Ali também estabeleceu-se que a União, deveria encaminhar ao Congresso Nacional um Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os próximos dez anos seguintes.

2.3 Educação Indígena no Plano Nacional de Educação

Em 9 de janeiro de 2001 foi promulgado o Plano Nacional de Educação, também conhecido pela sigla PNE. Ele apresenta um capítulo sobre a educação escolar indígena, dividido em três partes. Na primeira há um rápido diagnóstico de como estava ocorrendo a oferta da educação escolar aos povos indígenas. Na segunda parte, apresentam-se as diretrizes para a educação escolar indígena. E na terceira parte, estão os objetivos e metas que deverão ser atingidos, a curto e longo prazo.

Entre os objetivos e metas previstos no Plano Nacional de Educação destaca-se a universalização da oferta de programas educacionais aos povos indígenas para todas as séries do ensino fundamental, assegurando autonomia para as escolas indígenas, tanto no que se refere ao projeto pedagógico quanto ao uso dos recursos financeiros, e garantindo a participação das comunidades indígenas nas decisões relativas ao funcionamento dessas escolas. Para que isso se realize, o Plano estabelece a necessidade de criação da categoria escola indígena para assegurar a especificidade do modelo de educação intercultural e bilíngüe e sua regularização junto aos sistemas de ensino.

O Plano Nacional de Educação prevê, ainda, a criação de programas específicos para atender às escolas indígenas, bem como a criação de linhas de financiamento para a implementação dos programas de educação em áreas indígenas. Estabelece-se que a União, em colaboração com os Estados, deve equipar as escolas indígenas com equipamento didático-pedagógico básico, incluindo bibliotecas, videotecas e outros materiais de apoio, bem como possibilitar a adaptação dos programas existentes no Ministério da Educação em termos de auxílio ao desenvolvimento da educação.

Atribuindo aos sistemas estaduais de ensino a responsabilidade legal pela educação indígena, o PNE assume, como uma de suas metas a ser atingida nessa esfera de atuação, a profissionalização e o reconhecimento público do magistério indígena, com a criação da categoria de professores indígenas como carreira específica do magistério e com a implementação de programas contínuos de formação sistemática do professorado indígena.

Ao ser promulgado, o PNE estabeleceu que a União, em articulação com os demais sistemas de ensino e com a sociedade civil, deve proceder a avaliações periódicas da implementação do Plano e que tanto os Estados quanto os Municípios deverão, com base no Plano, elaborar seus planos decenais correspondentes. Atualmente está em curso a primeira avaliação de resultados do referido plano.

2.4 Parecer 14/99 do Conselho Nacional de Educação

O Conselho Nacional de Educação foi instalado em 26/02/1996. Ele é composto por duas câmaras: a Câmara de Educação Básica, cada qual com 12 membros, nomeados pelo Presidente da República. Entre as competências do CNE está a de emitir pareceres sobre assuntos da área educacional e sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional. Após a promulgação da LDB, ambas as câmaras do CNE trataram de preparar as normas necessárias à implantação da nova estrutura da educação nacional instituída por aquela lei. A Câmara de Educação Básica preparou diretrizes curriculares para os diferentes níveis e modalidades de ensino, entre as quais as da educação indígena.

As diretrizes para a educação indígena constituem o resultado das discussões que ocorreram na Câmara de Educação Básica do CNE, quando esta se lançou na análise de dois documentos encaminhados pelo Ministério da Educação ao CNE (a versão preliminar do Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas e um documento especialmente preparado pelo Comitê de Educação Escolar Indígena sobre a necessidade de regulamentação da educação Indígena) bem como de uma consulta feita pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul.

As Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Escolar Indígena foram aprovadas em 14.09.1999, por meio do Parecer 14/99 da Câmara Básica do Conselho Nacional de Educação. Dividido em capítulos, o Parecer apresenta a fundamentação da educação indígena, determina a estrutura e funcionamento da escola indígena e propõe ações concretas em prol da educação escolar indígena.

Merece destaque no parecer que institui as diretrizes a proposição da categoria escola indígena, a definição de competências para a oferta da educação escolar indígena, a formação do professor indígena, o currículo da escola e sua flexibilização.

2.5 Resolução 3/99 do Conselho Nacional de Educação

Acompanhando as Diretrizes, foi aprovada a Resolução 3/99, estabelecendo, no âmbito da educação básica, a estrutura e o funcionamento das escolas indígenas, com “*normas e ordenamento jurídicos próprios*”, integradas como “*unidades próprias, autônomas e específicas*” nos sistemas estaduais de ensino. Caracteriza esse ordenamento em seus elementos básicos “*a sua localização em terras habitadas por comunidades indígenas, a exclusividade de seu atendimento à população indígena, o ensino ministrado nas línguas maternas e nas segundas línguas das comunidades e uma organização curricular própria*”.

Reconhecendo que a escola indígena diferenciada não se realiza sem a efetiva participação da comunidade e sem que à sua frente estejam professores indígenas, preferencialmente pertencentes à mesma etnia, a Resolução 3/99 determina que os professores das

escolas indígenas recebam formação específica, garantindo que esta se realize “em serviço” e, quando necessário, de forma concomitante à sua própria formação básica.

3. *Conclusão*

Muito ainda há que ser feito em todo o país, sobretudo da execução pelo Estado e seus órgãos responsáveis desse novo aparato legal e conceitual. Os impasses e as dificuldades se mostram bastante significativos. Em outras palavras, é ainda enorme o desafio para a progressiva superação do fosso que atualmente separa os avanços e conquistas sociais, ordenadas pelo Estado como “referências”, “diretrizes” e legislação apurada, da fragilidade de sua execução como política pública, de forma a garantir a renovação e o desenvolvimento da Educação Indígena Brasileira por instituições muitas vezes ainda inexperientes e em muitos casos mesmo despreparadas para a função. Ao Ministério da Educação foram atribuídos a formulação, coordenação, acompanhamento e avaliação das ações que são levadas a efeito por duas dezenas de secretarias estaduais de educação e por quase duas centenas de secretarias municipais de educação. Cada uma delas sujeitas aos seus complexos campos de disputas políticas e interesses socioeconômicos. Dar coerência a esse quadro multifacetado exige dimensionar as implicações no plano da gestão das políticas públicas e nos mecanismos de financiamento, associada à pouca efetividade da regulamentação e ao escasso controle social sobre a execução dessas ações nos leva a impasses de difícil solução que constituem como verdadeiros desafios. Mesmo diante das insuficiências e dificuldades no desenvolvimento institucional dessa nova política, pode-se afirmar que os avanços nos últimos nos foram substanciais e definitivos.

L'IDEA DI COMUNITÀ COME MITO POLITICO

Vaclav Belohradsky*

1. *Gemeinschaft*: le origini del concetto. - 2. L'originarietà della comunità: un mito politico. - 3. Ambiguità del concetto di comunità. - 4. Comunità immaginarie. - 5. Parsons: una reinterpretazione struttural-funzionalista della dicotomia comunità – società. - 6. Due motivi di attualità.

1. *Gemeinschaft*: le origini del concetto

La categoria di comunità entra nella sociologia europea verso la fine del diciannovesimo secolo come espressione del disagio *sociale* provocato dalla prima modernità industriale; possiamo interpretarla come una “messa in concetto” di quel senso di minaccia e di ansia che ha trovato la sua espressione politica nel movimento “conservatore”. Nella sua classica analisi della “tradizione sociologica” Robert Nisbet (1977) sostiene che, per quanto la sociologia sia un momento della modernità, le sue categorie sono invece derivate dal movimento politico conservatore che si opponeva al quadro istituzionale della industrializzazione.

E questo vale senz'altro per la categoria di comunità: essa esprime una reazione intellettuale alla riduzione, caratteristica della “prima modernità industriale” ovvero del capitalismo borghese, dell'ordine sociale alle relazioni fondate sul contratto, sull'efficienza e sull'utilitarismo. Karl Mannheim riassume il motivo decisivo della nascita dell'opposizione conservatrice al razionalismo in questo modo:

“Con l'espansione dell'organizzazione capitalistica l'uomo viene ad essere trattato sempre più come una grandezza astratta ed esperimentera sempre più il mondo esterno in base a queste relazioni astratte... Di fatto, questo mondo meccanizzato, questa forma astratta di esperienza e di pensiero non esauriscono affatto ciò che noi conosciamo del nostro ambiente sociale. Un quadro esauriente della situazione attuale mostrebbe la falsità di un'accentuazione unilaterale del razionalismo; si dovrebbe dunque ammettere che le forme intuitive, qualitative, concrete di pensiero ripudiate dal razionalismo non sono affatto scomparse...che fine hanno fatto tutte le relazioni e atteggiamenti vitali e i corrispettivi modi di pensare soppressi dallo sviluppo di un razionalismo coerente? (Mannheim, 1967, 157-158).

La questione di sfondo che l'affermarsi dell'egemonia dell'economia capitalista ha imposto come fondamentale può essere formulata in questo modo: su che cosa si fonderà l'ordine sociale se (i) la crescita della società industriale si basa sul contratto scritto, sulle leggi imposte dallo Stato e su quelle che sorreggono il mercato capitalista, e se (ii) tutte le

* Professore di Sociologia politica, Università di Trieste.

fonti di solidarietà si dissolvono, man mano che si impone come “strongest motive” dell’agire individuale il perseguimento dei fini privati, visto che ogni tipo di ordine sociale presuppone necessariamente forme di solidarietà più originarie di quelle su cui si basa il contratto, lo Stato e il mercato?

Questa questione emerge in diversi campi con diversi gradi di urgenza, ma riceve la sua forma più incisiva (e drammatica) nell’opera di Toennies intitolata *Gemeinschaft und Gesellschaft* (*Comunità e società*), pubblicata nel 1886.

Robert Nisbet (1977, 67) sostiene che la categoria di “comunità” domina tutta la cultura del diciannovesimo secolo:

“Il concetto di comunità assume, nel diciannovesimo secolo, la stessa importanza fondamentale che aveva assunto il concetto di contratto nell’Età della Ragione. Allora i filosofi hanno usato il fondamento logico del contratto per dare legittimità ai rapporti sociali; il contratto rappresentava il modello di tutto quello che era buono e degno di essere difeso nella società. Nel diciannovesimo secolo, tuttavia, assistiamo alla decadenza del contratto di fronte alla riscoperta del simbolismo della comunità. In molte sfere del pensiero, i vincoli comunitari – reali o immaginari, tradizionali o progettati – vengono a formare l’immagine della buona società. La comunità diventa lo strumento che denota la legittimità di associazioni così diverse come stato, chiesa, sindacati, movimento rivoluzionario, professione e cooperativa. Per comunità intendo qualcosa che va molto al di là della semplice comunità locale. La parola ... include tutte le forme di rapporti caratterizzati da un alto grado di intimità personale, profondità emotiva, impegno morale, coesione sociale e continuità nel tempo. La comunità è fondata sull’uomo concepito nella sua completezza piuttosto che sull’uno o sull’altro dei singoli ruoli che egli si trova ad interpretare nell’ambito dell’ordine sociale; (...) Fondamentale per la forza del vincolo comunitario è l’antitesi reale o immaginaria (...) con i rapporti non-comunitari di competizione o conflitto, profitto o consenso contrattuale.”

La contraddizione che il titolo riassume guadagna durante e dopo la prima guerra mondiale un’enorme popolarità e anche, purtroppo, un’ambigua urgenza politica, come testimoniano le espressioni in cui l’opposizione comunitaria all’impersonale società capitalistica s’è incarnata – ad esempio “compagno”, “Genosse”, “camerata”, “fratello”. Per deplorare il deficit di legittimità radicale (insieme morale e antropologico) che caratterizza la società capitalista, queste espressioni evocano i vincoli più originari di quelli contrattuali su cui questa società si fonda. Una preferenza inconscia per la comunità anima infatti implicitamente la maggior parte delle categorie sociologiche - presunte “neutrali e descrittive” – che applichiamo alla società moderna, ad esempio la massificazione, la razionalità strumentale, l’agire comunicativo, il consumismo, l’utilitarismo, il pragmatismo ecc.

2. *L’originarietà della comunità: un mito politico*

Il passato rurale a cui Toennies si ispira per definire i tratti decisivi del concetto di comunità (“in campagna la comunità tra gli uomini è più forte e viva”) è comunque un’invenzione retorica: il matrimonio ad esempio non era solo una comunità di vita, ma anche

un contratto tra le parti, concluso più spesso sotto la pressione di imperativi societari, politici o religiosi. Diciamo dunque che il concetto di comunità proposto da Toennies è una costruzione retorica, in cui si accorda, nel quadro di una critica alla modernità e di una mobilitazione morale contro la minaccia di disumanizzazione dei rapporti umani, una priorità ai rapporti che precedono l'industrializzazione (definiti appunto *comunitari*) rispetto a quelli basati sulla competizione regolata dal mercato, sulla burocrazia statale e sul contratto scritto (definiti come *societari*).

Nel tentativo di definire la differenza tra la "comunità" e la "società" Toennies ricorre a concetti come comunità di sangue, coabitazione, organismo, vita, discendenza, unione dei corpi, madre e bambino, marito e moglie, fratelli e sorelle, vicinato, amicizia, economia autosufficiente e tutte le forme di convivenza definite per mezzo di questi concetti le considera "formazioni naturali". La società viene invece definita mediante aggettivi presi a prestito dal linguaggio giuridico, economico o amministrativo.

"La teoria della società muove dalla costruzione di una cerchia di uomini che, come nella comunità, vivono e abitano pacificamente l'uno accanto all'altro, ma che sono non già essenzialmente legati, bensì essenzialmente separati, rimanendo separati nonostante tutti i legami, mentre (nella comunità) rimangono legati nonostante tutte le separazioni. Di conseguenza, qui non si svolgono attività che possano venire derivate da un'unità a priori esistente necessariamente, e che quindi esprimano anche la volontà e lo spirito di quest'unità nell'individuo ... Piuttosto, in questo ambito ognuno sta per conto proprio e in uno stato di tensione contro tutti gli altri ... Nessuno farà qualcosa per l'altro, nessuno vorrà concedere e dare qualcosa all'altro, se non in cambio di una prestazione...reciproca che egli ritenga almeno pari alla sua ... La società ... viene quindi concepita come una massa di individui naturali e artificiali, le cui volontà e i cui settori stanno in molteplici connessioni l'una rispetto all'altra e l'una con l'altra, e tuttavia rimangono tra loro indipendenti e senza influenze interne. Qui ci appare il quadro generale della società borghese o società di scambio, di cui l'economia politica cerca di riconoscere la natura ... Si tratta pur sempre di un'entità in divenire, che deve essere qui concepita come soggetto della volontà generale o della ragione generale; e nello stesso tempo si tratta di un'entità fittizia e nominale. Essa è come sospesa nell'aria quale è uscita dalle teste dei suoi consapevoli portatori, i quali si tendono le mani desiderosi di scambio al di là di tutte le distanze, i confini e gli scrupoli, assumendo questa perfezione speculativa come l'unico paese, l'unica città, a cui tutti i cercatori di fortuna e gli avventurieri hanno un interesse realmente comune. Così essa viene rappresentata - come la finzione del denaro per mezzo di un metallo o della carta - dall'intero globo terrestre... In questo concetto, infatti. Si deve astrarre da ogni relazione originaria o naturale tra gli uomini. La possibilità di un rapporto sociale non presuppone altro che una pluralità di persone capaci di fornire qualche prestazione, e quindi anche di promettere qualcosa. La società, intesa come totalità al di sopra della quale deve estendersi un sistema convenzionale di regole, è quindi, in linea ideale, illimitata; essa rompe costantemente i suoi confini reali e accidentali. Nel suo ambito ogni persona tende al proprio vantaggio, e afferma gli altri soggetti solamente in quanto w finché essi lo possono favorire. Così, prima e al di fuori della convenzione - e anche prima e al di fuori di ogni contratto particolare - il rapporto di tutti verso tutti può essere concepito come un rapporto di ostilità potenziale o come una guerra latente, contro cui tutti quegli accordi delle volontà spiccano poi come altrettanti trattati e conclusioni di pace. ... Ma anche la concorrenza, come tutte le forme di questa guerra, reca in sé la possibilità della sua fine. Questi nemici ... riconoscono in certe circostanze il vantaggio di accordarsi ... In tal modo la concorrenza viene limitata e risolta dalla coalizione. In analogia con questo traffico

fondato sullo scambio di valori materiali può anche essere compresa tutta la socialità convenzionale, la cui regola suprema è la cortesia: essa consiste in uno scambio di parole e di compiacenze nel quale ognuno sembra essere a disposizione di tutti e tutti sembrano stimare gli altri come loro pari, ma nel quale in realtà ognuno pensa a se stesso ed è preoccupato di affermare la sua importanza e i suoi vantaggi in contrasto con tutti gli altri. Cosicché, per tutto ciò che di gradevole l'uno fa all'altro, si aspetta di ricevere in cambio almeno un equivalente, ed anzi lo esige; e di conseguenza pesa esattamente i suoi servizi, le sue adulazioni, i suoi regali, e così via, in relazione all'effetto desiderato ... Poiché tutti i rapporti sociali in genere riposano sulla comparazione di una prestazione possibile e offerta, diventa chiaro per quale motivo le relazioni con oggetti visibili e materiali hanno qui la precedenza ... Al contrario, la comunità, come vincolo del sangue, è in primo luogo un rapporto tra i corpi, che si esprime quindi in atti e in parole, mentre è di natura secondaria la relazione comune con oggetti che non vengono tanto scambiati quanto posseduti e goduti in comune. Inoltre la società, nel senso che possiamo chiamare morale, è interamente condizionata anche dalle connessioni con lo Stato, che finora non è stato preso in considerazione perché la società economica deve essere concepita come il suo presupposto”(Toennies, 1963, 96-97).

Il successo del concetto di “comunità” è dunque dovuto ad un'efficace strategia retorica che consiste nell'analizzare i fenomeni sociali come due poli di una dicotomia, dove un polo è definito per assenza delle qualità proprie dell'altro polo: l'assenza delle qualità proprie di un polo nell'altro polo è un problema che dobbiamo risolvere attraverso una sintesi tra i due poli o attraverso un recupero della dimensione mancante formulate come programma di un movimento politico e di una mobilitazione culturale e morale di tutta la società.

Le figure retoriche usate da Toennies per contrapporre la comunità *naturale* ed *organica* alla società *artificiale* e *meccanica*, prefigurano una forma di mobilitazione politica che era una delle ideologie decisive del Ventesimo secolo: quella, cioè, che voleva riconciliare la comunità e la società in uno Stato di tipo nuovo o in un partito di tipo nuovo, dove i rapporti comunitari sono integrati in quelli societari - i problemi della Terza via, dello Stato sociale, dello Stato totale, della società dei compagni o dello Stato razzista. Il concetto di comunità costituisce un archetipo delle critiche più o meno conservatrici mosse alla società mercantile, massificata, consumistica, utilitaristica ecc. sia di destra (camera-ta, lo Stato totale) che di sinistra (compagno, lo Stato senza classi).

La retorica di Toennies prefigura anche il problema di emancipazione femminile, dato che la immagine della donna è vincolata all'ideale di comunità e subordinata agli imperativi comunitari: “Gli uomini sono più intelligenti: essi soltanto hanno la capacità del calcolo, del riflettere, del combinare, della logica”, perché “alla donna manca il presupposto della volontà arbitraria”, ovvero della volontà non legata alla natura ma ai progetti razionali (1963, 189).

L'originarietà della comunità è un mito, nella storia reale dell'umanità la comunità e la società si intrecciavano sempre. La modernità infatti non distrugge la comunità, ma la trasforma assieme alla società - nella società moderna si riforma anche una comunità

moderna. La società non può dunque essere definita come ciò che resta dopo che abbiamo perso la comunità; al contrario, la modernità impone una trasformazione della comunità da tradizionale a moderna – si forma una comunità più aperta e meno legata al luogo, alla condivisione del tempo e dello spazio.

Toennies ha costruito la modernità dissociando per via di artifici retorici la comunità dalla società. Egli ad esempio scrive:

“Ma la volontà essenziale (*propria della comunità*) è fondata sul passato e deve essere spiegata in base a questo, come il divenire che ne deriva; invece la volontà arbitraria (*propria della società*) può essere compresa soltanto in base al futuro, al quale è riferita. Quella lo contiene in germe, e questa in immagine”(Toennies 1963, 130).

Il concetto di comunità non è in questo contesto che un’antitesi dell’economia di mercato, della tecnica, della burocrazia, della metropoli, della pianificazione razionale. La comunità “reale” non è mai esistita nella storia, nasce nel momento in cui si avverte il bisogno di opporsi alla “società”, ovvero al contratto, al mercato, alla città promiscua. L’intenzione che muove il testo di Toennies è quella di presentare la comunità come qualcosa che abbiamo perso, qualcosa che ora manca e che deve essere ricostruito, altrimenti la società industriale non sopravvivrà. E’ proprio in virtù di questa retorica che il sociale viene definito come una dimensione originaria della società, irriducibile a quella economica, politica e culturale.

3. Ambiguità del concetto di comunità

La dicotomia “comunità – società” raccoglie in sé, fondendole in un concetto coerente, una serie di dicotomie analoghe, tutte usate per promuovere forme di mobilitazione politica di grande rilevanza storica: lavoro organico – lavoro meccanico, solidarietà organica – solidarietà meccanica, uomo sradicato - uomo radicato, movimento – istituzione, città – campagna, persona – massa, cultura – civiltà, popolo – massa, uomo – donna ecc.

“La donna è determinata dal modo di sentire, l’uomo dall’aspirazione, la donna dall’animo, l’uomo dal calcolo, la donna dalla coscienza, l’uomo dalla consapevolezza. La sede naturale della donna è la comunità, le virtù femminili sono quella della casa. Il commercio ripugna alla donna perché è basato sul rischio, messa a repentaglio del patrimonio. Nella società la donna deve farsi determinare dalla consapevolezza. La donna diventa illuminata, fredda, consapevole. Nulla è più estraneo, anzi orribile, rispetto a quella che rimane la sua natura originaria, e pur sempre innata nonostante tutte le modificazioni acquisite. Nulla è forse più caratteristico e più importante per il processo di formazione della società e di dissoluzione della vita di comunità. Soltanto con questo sviluppo l’individualismo, che costituisce il presupposto della società, diventa verità. In ciò consiste però anche la possibilità del suo superamento e della ricostruzione di forme di vita comunitarie. Da molto tempo è stata riconosciuta ed affermata l’analogia della sorte delle donne con la sorte del proletariato. La loro crescente consapevolezza può, come quella del pensatore isolato, svilupparsi ed elevarsi ad una consapevolezza etico - umana” (1963, 207).

Il fatto che la società s'espande fino ad includere le donne è un fatto importante che apre la possibilità di affidare proprio alle donne il compito di riconciliare effettivamente le forme comunitarie di vita con quelle societarie. Più tardi Toennies affida alla nazione tedesca, dotata di un senso particolare per l'originarietà della comunità, il compito imprescindibile di conciliare la comunità con la società per rendere la modernità occidentale umanamente sostenibile:

“Ciò che contraddistingue Comte è il fatto che egli, sotto la potente influenza di Saint-Simon, assume una posizione critica di fronte al progresso, all'età moderna e al liberalismo. Questo fu anche l'atteggiamento dei Romantici, cioè dei sostenitori della tradizione, del Medioevo e dell'autorità. Ma Saint-Simon e Comte assumono questa posizione sul terreno stesso del progresso, cioè sul terreno dell'età moderna e del liberalismo. Senza voler ritornare alla fede e al feudalesimo, essi riconoscono tuttavia il prevalere di un ordine positivo ed organico nel Medioevo, e riconoscono pure il carattere essenzialmente negativo e rivoluzionario dell'età moderna, senza tuttavia negare la scienza, l'Illuminismo e la libertà, ma al contrario affermandoli e accentuandoli con forza maggiore. Tale è anche la posizione obbligata della teoria socialista di fronte ai problemi della civiltà. Teoria socialista non significa qui una teoria che pronuncia determinati giudizi di valore (sul capitalismo, sulla proprietà privata, sul proletariato) e che postula una determinata politica o addirittura un intero ordinamento della società: con tale espressione si vuole soltanto indicare una teoria che non accetta senz'altro i giudizi di valore involutivi, e ritenuti evidenti, del liberalismo e quindi dell'opinione filosofico - sociale dominante, ma che si pone al di fuori e al di sopra dell'antitesi a cui quest'opinione rimane ingenuamente ferma...”(Toennies, 1963).

La società moderna viene dunque definita come indebolimento dei legami che ci uniscono agli altri e dissoluzione della comprensione comune del mondo; la cultura viene sostituita dalla civiltà. Le nostre azioni sono determinate dallo Stato e dalle sue suddivisioni amministrative e dalla volontà individuale; al posto di numerose consociazioni, comunità e collettività cresciute naturalmente che hanno nel passato condeterminato i caratteri degli uomini, i loro fini e valori, dominano oggi formazioni giuridiche nuove e arbitrarie. Il costume, le convinzioni condivise e i tipi di convivenza reale – casa, villaggio, piccola città – si sono dissolte nel tumultuoso sviluppo della grande città che è invece il luogo costitutivo della società.

“La grande città è la forma di convivenza tipica della società in generale. Essa è perciò essenzialmente una città commerciale e, in quanto il commercio domina in esse il lavoro produttivo, una città industriale. La sua ricchezza di capitale, il quale è denaro che si moltiplica con il suo impiego, sotto forma di capitale commerciale, usuraio o industriale, ed è mezzo per appropriazione dei prodotti del lavoro o per lo sfruttamento delle forze di lavoro. Essa è infine la città della scienza e della cultura, che si accompagnano sempre al commercio e all'industria. Il pensiero e l'opinione si formano e si modificano con grande rapidità. Il discorso e lo scritto diventano, mediante la diffusione di massa, le leve di eccitazioni enormi. Dalla grande città si sviluppa la capitale nazionale...infine si sviluppa... la massima espressione di questa specie: la città mondiale, la quale comprende in sé l'estratto non soltanto di una società nazionale, ma di tutta una cerchia di popoli, cioè del mondo. In essa il denaro e il capitale sono illimitati o onnipotenti; essa sarebbe in grado di produrre merci e scienza per l'intero globo, di fornire leggi valide e un'opinione pubblica a tutte le nazioni. Essa

rappresenta il mercato e il traffico internazionale; in essa si concentrano industrie mondiali, i suoi giornali hanno importanza mondiale, uomini di tutti i paesi si riuniscono in essa avidi di denaro e di piaceri, ma anche spinti dalla curiosità e dal desiderio di imparare” (291). Nella società la convezione occupa il posto lasciato libero dal costume e religione. Lo stato proteggendo la proprietà impone la miseria. “La grande città, e la situazione sociale in generale, rappresentano la decadenza e la morte del popolo che si sforza invano di diventare potente con la sua massa, ed ha la sensazione di poter usare la sua potenza soltanto per la rivolta, se vuole liberarsi della sua infelicità. La massa raggiunge la consapevolezza di sé attraverso un’educazione varia, fornita da scuole e da giornali. Essa passa dalla coscienza di classe alla lotta di classe. La lotta di classe può distruggere la società e lo stato, che essa vuole riformare. E poiché tutta la cultura si è trasformata in civiltà sociale e statale, la cultura stessa tramonta in questo suo aspetto trasformato. Ma i suoi germi sparsi possono rimanere vitali, l’essenza e le idee della comunità possono di nuovo ricevere alimento, e sviluppare una nuova cultura nell’ambito di quella che si estingue” (295). Finale: si è assunta come punto di partenza quel momento della storia in cui lo spettatore attuale gode del privilegio insostituibile di osservare i movimenti che si stanno compiendo con gli occhi della propria esperienza e di percepire, sia pure incatenato alle rocce del tempo, i suoni e profumi delle approssimantisi figlie dell’Oceano”.

Questo è un testo molto radicale, per molti rispetti più patetico, nella sua critica alla modernità, dei testi d’ispirazione marxista. La sua efficacia si basa sul rovesciamento della prospettiva corrente - il comunismo già ci fu, è stato superato dalla storia, ma ora tornerà, i resti del passato che il progresso industriale si è lasciato dietro, sono ora la speranza per il futuro ecc.

Il punto-chiave comunque è questo: il concetto di comunità coglie, attraverso una descrizione drammatica dei costi umani dell’industrializzazione, l’irriducibilità delle relazioni sociali alle istanze come economia, politica o ideologia. Esso vuole indicare i costi complessivi del progresso per sottrarli alla disattenzione cui li condanna la razionalità economica che fa coincidere la razionalità con l’efficienza del mercato e la burocrazia dello Stato. Non possiamo scindere il concetto di comunità dal senso di angoscia e di indignazione che l’anima.

Questa è anche la ragione della ricezione entusiastica dell’opera di Toennies dopo la prima guerra mondiale. Essa era interamente dovuta alla retorica che legittimava il rovesciamento della prospettiva sulla modernità industriale: contro le autorità artificiali veniva esaltata l’autorità naturale, contro la grande città promiscua e bastarda la comunità di sangue, contro la libertà d’azione i vincoli di lealtà verso i propri consanguinei ecc. Il successo del nazismo e del comunismo nell’Europa centrale era dovuto al fatto che contenevano molti elementi di questa retorica “antimoderna”.

Ecco un passo istruttivo dell’autobiografia di Hitler:

“Quell’aggregato meccanico di razze, quella mescolanza di slavi, boemi, polacchi, ungheresi, ruteni, serbi, croati, mi erano ogni giorno più odiosi, e soprattutto detestavo con tutta la forza del mio essere quei parassiti che prosperano in tutti i momenti critici dell’umanità: ebrei, ebrei dappertutto! La testa dell’Impero mi si mostrava come il frutto di un incesto... Quanto più vivevo a Vienna, tanto più cresceva il mio odio contro quel magma di popoli stranieri che portava alla degenerazione l’antica capitale austriaca L’Austria

non era altro che un vecchio mosaico dove il cemento che tiene insieme le diverse tessere si è asciugato e sgretolato...”

Se l'originarietà della comunità è un mito, un'ideologia, può essere “decostruita”. Decostruire il concetto di comunità significa mostrare che la sua originarietà fu costruita retoricamente, che la sua forza persuasiva risulta dall'uso efficace dei mezzi retorici specifici. Bisogna anzitutto ricordare che l'immagine della comunità come una forma di vita collettiva precedente alla società non può essere definita se non come ciò che manca alla società – il concetto di comunità può entrare in scena solamente come qualcosa che già “fu cancellato dalla Storia”, come “ciò che la società ha distrutto e cui dobbiamo dare una nuova vita”. Se il concetto di comunità viene dall'inizio definito come la dimensione assente della società, poi non si può dire che precede la società. La nostalgia della comunità è, infatti, una risposta all'espansione del mercato e della burocrazia come forme di interazione sociale dominanti nella società industriale. Di che cosa tratta Shakespeare nel dramma “Enrico IV” o T. S. Eliot nel suo “Assassinio nella cattedrale”? Quando due amici legati da vincoli comunitari di solidarietà diventano il primo Re e l'altro Vescovo ubbidiscono agli imperativi societari, astratti, alla ragion di Stato e di Chiesa sacrificando la loro amicizia. In Sud Africa gli Zulu si sono lanciati in una guerra imperialista, guidati da un Re-guerriero che si sentiva chiamato a fondare un Impero Zulu, distruggendo le comunità etniche originarie, ivi compresa la sua famiglia. Sua madre si opponeva alle sue mire imperiali ergendosi a simbolo della comunità originaria, sovra politica e fu messa al bando; solo in opposizione alla società il concetto di comunità può diventare comprensibile; trasformato in oggetto di aspirazione e di nostalgia diventa anche un potente motivo di mobilitazione politica.

La comunità è un mito politico che dà legittimità agli imperativi societari, alla ragione di Stato che, irrompendo nella storia europea, esige una lealtà fondata sul sacrificio dei vincoli comunitari.

4. Comunità immaginarie

Il secolo Ventesimo è stato chiamato “secolo degli estremi”. E' importante rendersi conto che gli estremismi che l'hanno devastato hanno assunto la forma di rivolta contro la modernità, per cui tutti i movimenti politici del secolo Ventesimo sono intrisi di retorica comunitaria; tutte le ideologie totalitarie ad esempio recuperano la comunità come ideale politico come testimoniano le parole “compagno, fratello, camerata, *Genosse*, lo Stato etico, la solidarietà della razza ecc.” I movimenti “sociali” si ispirano nelle loro azioni all'idea che per garantire la sopravvivenza della società industriale è necessario rifondare la società sui vincoli ed imperativi comunitari.

B. Anderson (1991) introduce ad esempio il concetto di “comunità immaginarie” con

il quale vuole indicare le comunità di lettori che si sono formate dopo l'invenzione e la diffusione della stampa; lo spazio pubblico occidentale non è che una proiezione di queste comunità immaginarie i cui partecipanti condividono non la vita situata nello spazio e nel tempo, ma significati, interpretazioni, emozioni, punti di vista suscitati dalla lettura degli stessi testi.

Le comunità immaginarie più importanti della modernità sono le nazioni. La coscienza nazionale trae l'origine "dalle idee di simultaneità" generate dalla diffusione della stampa: i lettori formano una comunità che si situa, nell'immaginario collettivo, nel tempo trasversale, fatto di rapporti indiretti, collaterali, complementari, contemporanei. Leggendo in lingue volgari i lettori si sentono parte di una comunità unificata immaginaria simultanea nel senso che, senza comportare un'interazione sociale nello spazio realmente condiviso, ha un impatto reale sulla storia del mondo. Da queste comunità immaginarie dei lettori nascono poi le nazioni, comunità immaginarie storicamente più importanti (cf. Anderson 1995, 49-58; Thompson, 1995), e i movimenti politici di massa, forza decisiva nella storia del Novecento. Zygmunt Baumann (2003/4, 37-38) dice che "tutte le comunità sono immaginarie, anche la comunità globale, ma l'immaginazione diventa una forza potente e coagulante se sostenuta dalle istituzioni dell'autoidentificazione e dell'autogoverno collettivo come è il caso delle nazioni moderne e degli Stati sovrani cui hanno dato l'origine".

Lo Stato nazionale in quanto comunità immaginaria più importante della modernità si fonda sulla lealtà verso un modello culturale astratto che si sostituisce alla vecchia lealtà verso la famiglia, il clan, il vicinato, l'etnia, ovvero verso gruppi concreti e radicati nel territorio. E' questa lealtà verso i modelli culturali astratti che costituisce la base della solidarietà nazionale. La cultura costituisce il nuovo "oggetto di lealtà" fatto di "valori della nazione", ovvero di narrazioni che esaltano un passato immaginario, un futuro "promesso", un ruolo immaginario tra le altre nazioni, un ruolo unico della lingua nazionale ecc. La nazione come comunità significa, infatti, che i cittadini si considerano *personaggi di una storia comune* che si recita in diverse forme in diverse occasioni per rinsaldare il senso condiviso della vita collettiva. Dal tipo di comunità cui dà luogo la coscienza nazionale dipende la capacità effettiva delle nazioni di risolvere i nodi e traumi della modernità industriale.

Nella ricerca di una società solidale globale, di collegare la globalizzazione ad un'etica condivisa e solidale, si impone lo stesso motivo di fondo – conciliare la comunità con la società dopo l'indebolimento dello Stato nazionale ad opera, appunto dell'economia globalizzata. E' un fatto di fondamentale importanza storica che nell'era della globalizzazione la nazione non rappresenta più la sintesi efficace tra la comunità e la società come nel passato. L'analisi delle conseguenze di quest'evoluzione eccedono comunque i limiti di questa riflessione.

5. Parsons: una reinterpretazione struttural-funzionalista della dicotomia comunità – società

Talcott Parsons reinterpreta negli anni Cinquanta e Sessanta la dicotomia “comunità-società” in termini struttural-funzionalisti, ovvero come poli di un dilemma irriducibile che ogni attore deve imparare a risolvere per poter integrarsi nella società cui appartiene. Ogni attore deve infatti imparare a distinguere tra i ruoli nel cui svolgimento tratta gli altri come strumenti per ottenere qualcosa e quei ruoli nel cui svolgimento tratta invece gli altri come parti del sistema stesso. Nel primo caso cerca di realizzare attraverso gli altri uno scopo, nel secondo considera gli altri come parte del gruppo cui anch’io appartengo, ovvero distingue tra l’esterno e l’interno della società. Sulla differenza tra il modo di trattare coloro che considero “appartenenti al mio sistema” (interno) e coloro che considero “esterni” è basata la solidarietà sociale. Nel primo caso l’attore si orienta soprattutto al loro uso per realizzare un fine, alla loro utilità all’interno di un mio piano d’azione (a che cosa questi mi servono – mi chiedo anzitutto), nel secondo invece si orienta alla realizzazione di una relazione con loro di tipo non strumentale, solidale, “interna” - l’altro ci interessa per quello che è e non per quello che può fare per noi.

Parsons definisce quattro variabili strutturali che indicano i tipi fondamentali di tensione tra gli imperativi comunitari e quelli societari che si presentano in diversi modi nel corso di ogni tipo di interazione sociale: si tratta di neutralità affettiva – affettività, specificità – diffusività, universalismo-particolarismo, prestazione-qualità.

Queste quattro variabili strutturali sono corni dei dilemmi che compenetrano tutte le azioni degli attori sociali. Tutti i ruoli che un attore svolge in una data società sono investiti in qualche misura dalla tensione ineliminabile tra la manifestazione dell’affettività e la neutralizzazione dell’affettività; non è possibile massimizzare la neutralità e l’affettività contemporaneamente, e non è mai ugualmente legittima, ma solamente una a scapito dell’altra e l’una delegittimando l’altra. Il ruolo dell’amico è più affettivo di quello del vigile urbano per cui non posso comportarmi contemporaneamente come vigile urbano e come amico. Tutti i ruoli implicano poi un orientamento specifico o diffuso verso l’altro; un orientamento verso l’altro è più diffuso quando concerne più aspetti della sua vita. Ad esempio l’interesse affettivo che mi lega ad un amico è diffuso nel senso che mi interessano tutti gli aspetti della sua vita, tutti sono temi possibili della comunicazione – una relazione diffusiva tende a coinvolgere gli attori in modo totale, non vi sono barriere alla comunicazione interpersonale. Viceversa una relazione sociale specifica consiste nel limitare l’interesse per l’altro ad una sua prestazione o funzione specifica. Ad esempio se vado a comprarmi un libro il mio rapporto con il venditore si limita all’interesse specifico che ho alla sua prestazione, vi sono barriere di tipo morale e psicologico ad essere “diffusivo”.

L’attore sociale classifica gli altri in modo universalistico quando prescinde nella valutazione dal fatto che essi appartengono allo stesso sistema sociale a cui appartiene lui

stesso; gli individui visti universalisticamente sono essenzialmente interscambiabili l'uno con l'altro. Così ad esempio se un vigile urbano non dà le multe ai propri compaesani vuol dire che è particolaristico; se invece dà la multa anche al proprio fratello allora è universalistico. In un senso generale l'universalismo è la preconditione dell'efficienza di tutti i sistemi di selezione razionali.

La classificazione ispirata ai principi universalistici impone che gli altri vengano valutati secondo ciò che fanno fare, secondo la loro utilità oppure piuttosto che secondo ciò sono, cioè le loro qualità ascritte. Se ad esempio valuto solo i punteggi ottenuti dagli studenti in un esame prescindendo dalle loro qualità come età, sesso, nazionalità, allora li valuto in base alla qualità. Il termine "prestazione" si riferisce agli status che si possono acquisire, mentre il termine qualità si riferisce a quanto ci è ascritto – età, razza.

L'approccio di Parsons solleva una serie di interessanti questioni. Ad esempio i processi di socializzazione e di risocializzazione o di terapia sociale sono legati agli effetti di un inserimento nella comunità, come anche quelle forme di solidarietà che ci permettono di resistere alle pressioni conformiste da parte della "maggioranza".

Le variabili strutturali definite da Parsons possono essere usati ad esempio per analizzare i problemi della spaccatura normativa nord/sud in Italia; non vi è dubbio che il deficit di civismo, di etica pubblica è strettamente connesso con il deficit di interiorizzazione della differenza universalismo – particolarismo. Banfield (1976) propone il concetto di *familismo amorale* per indicare l'atteggiamento tipico delle zone depresse del Sud d'Italia, cioè l'orientamento a conseguire il vantaggio per la famiglia al di fuori di ogni considerazione universalistica.

6. Due motivi di attualità

(i) dalla *biocomunità* alla *biosocietà*

Nell'introduzione al suo trattato Toennies scrive che la comunità è un'associazione reale e organica, mentre la società è un'associazione ideale e meccanica. Ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva viene intesa come vita in comunità; la società è invece la vita in pubblico, nel mondo esterno regolato dalle regole impersonali del contratto e della burocrazia, dallo Stato e dalla finanza.

"Così pure gli sposi sanno bene di entrare col matrimonio in una completa comunità di vita (*communio totius vitae*); una società di vita sarebbe una contraddizione in termini (...) Comunità di lingua, di costume, di fede – ma società di profitto, di viaggio, delle scienze (...) La comunità è antica, mentre la società è nuova, come cosa e come nome (...) La comunità è la convivenza durevole e genuina, la società è soltanto una convivenza passeggera e apparente. E' quindi coerente che la comunità debba essere intesa come un organismo vivente, e la società, invece, come un aggregato e prodotto meccanico" (1963, 46-47).

La distinzione tra "comunità" e "società" si basa anzitutto sul monopolio che la comunità aveva, nella storia dell'Occidente, come luogo della riproduzione della vita (pos-

siamo dire “comunità di vita” ma non “società di vita”, dice Toennies). E’ un segno importante dell’epoca della globalizzazione tecno-economica che la comunità sta perdendo questo privilegio: la *Lebensgemeinschaft*, la comunità di vita come organismo vivente, è da tempo diventata una specie di *Lebensgesellschaft*, ovvero una società di vita, dove i processi di riproduzione e di protezione della vita sono governati da norme molto astratte (pensiamo alla procreazione assistita) e da imperativi d’efficienza o addirittura dalle leggi di mercato. Il potere politico sta diventando un *biopotere* che decide sulle modificazioni genetiche o sulla clonazione degli esseri umani.

La politica che oggi predomina è essenzialmente una biopolitica, per usare un termine fu introdotto da M. Foucault ed elaborato nel contesto italiano anzitutto da Giorgio Agamben. Nell’accezione di Foucault il concetto di biopolitica significa innanzitutto “l’ingresso della vita biologica nei calcoli e nei meccanismi del potere”; e G. Agamben ricorda che “l’assunzione della cura della vita dei cittadini da parte degli Stati moderni va di pari passo alla possibilità di autorizzarne lo sterminio. Con altrettanta fermezza, contro coloro che vorrebbero restaurare una chiara separazione fra vita e politica, *zoè* e *bios*, casa e città, si deve ricordare che una tale chiara distinzione non è forse mai esistita e che la politica occidentale nasce appunto dal difficile incrocio fra queste due realtà. E’ a partire da questo terreno incerto, in cui il nostro privato corpo biologico è diventato indistinguibile dal nostro corpo politico, che dobbiamo provare a ripensare lo spazio politico dell’Occidente, a immaginare una vita che non sia più separabile dalla sua forma politica”. Giorgio Agamben (1995) chiude il suo trattato *Homo sacer- il potere sovrano e la nuda vita* sostenendo che “la prestazione fondamentale del potere sovrano è la produzione della nuda vita come elemento politico originale e come soglia di articolazione fra natura e cultura, *zoé* e *bios*; il campo (*di concentramento*) e non la città è oggi il paradigma biopolitico dell’occidente”.

(ii) dalla comunità omogenea alla comunità pluralistica

La comunità pluralistica è caratterizzata dal fatto che le linee divisorie tra i gruppi sono multiple, basate su associazioni volontarie che non coincidono con le divisioni razziali, etniche, regionali, religiose o sociali. Laddove invece coincidono, e dove questa coincidenza è elevata a fonte suprema di legittimità del potere politico, vengono a mancare le basi di una coesistenza pacifica tra i “diversi” - le linee di divisione s’irrigidiscono e tutta la comunità pluralistica crolla. La convivenza pacifica è impossibile nelle comunità chiuse che impongono di sommare le linee di divisione (chi è cinese in Indonesia deve essere cattolico, chi è irlandese in Irlanda deve essere cattolico, chi è bianco deve essere protestante, chi è italiano deve essere cattolico, chi è Padano deve parlare il dialetto ecc.).

Giovanni Sartori pone la questione del rapporto tra l’universalismo democratico e le politiche d’integrazione degli “stranieri culturali” immigrati in questi termini:

“La domanda è: fino a che punto una tolleranza pluralistica si deve piegare non solo a stranieri culturali ma anche ad aperti e aggressivi nemici culturali? Insomma, può il pluralismo accettare la propria frantumazione, la rottura della comunità pluralistica?” (1997, 492).

La trasformazione dell'EU da un'alleanza stabile di Stati nazionali in una *res publica*, fondata su una Costituzione europea e su una cittadinanza europea garantita da una legalità cogente e universalistica, è la preconditione della capacità dei paesi europei di integrare gli “extra-comunitari” o gli “stranieri culturali” in comunità pluralistiche; e questo significa superare una lealtà comunitaria rigida e monologica che impone inflessibilmente che le linee divisorie “si sommino” in un quadro istituzionale che subordina la lealtà comunitaria alla lealtà incondizionata verso il contenuto politico della cittadinanza, definita dalla Costituzione, in virtù della quale solamente è possibile frantumare le linee divisorie sommate.

Bibliografia

- AGAMBEN G., *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, Einaudi
- ANDERSON B., *Imagined Communities: Reflections on the Origin and the Spread of Nationalism*, Londra, Verso 1991
- BANFIELD C.E., *Le basi morali di una società arretrata*, Bologna 1976, Il Mulino
- BAUMAN Zygmunt, *The Fate of Humanity in the Post-Trinitarian World*, in *Between Two Wars* hec.n. 2003-4, European University Institute
- MANNHEIM Karl, *L'uomo e la società in un'età di ricostruzione*, Milano 1959, Comunità
- NISBET R., *La tradizione sociologica*, Firenze 1977, La Nuova Italia
- PARSONS T., *Il sistema sociale*, Milano 1965, Comunità
- SARTORI Giovanni, “*Pluralismo, multiculturalismo e estranei*”, in *Rivista italiana di scienza politica*, n.3, 1997, pp. 477-492
- THOMPSON J. B., *Mezzi di comunicazione e modernità*, Bologna 1995, il Mulino
- TOENNIES Ferdinand, *Comunità e società*, Comunità, Milano 1963



Instituto Italo-Latino Americano,
Roma

DECLARACION DE SIENA

Los participantes y ponentes en el “SEMINARIO INTERNACIONAL IDENTIDADES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE MERCOSUR: ASPECTOS JURÍDICOS, ANTROPOLÓGICOS Y LINGÜÍSTICOS”, que trabajan por el respeto, bienestar y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y de origen indígena, conscientes del riesgo de extinción y alta vulnerabilidad de las lenguas y culturas indígenas, consecuentes de la necesidad de impulsar acciones que contribuyan al fortalecimiento y desarrollo de los mismos y de la necesidad de profundizar en el análisis de la multiculturalidad:

Acuerdan

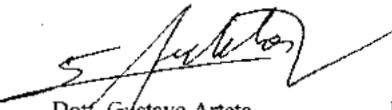
- 1) Mantener una continuidad y confirmar los objetivos enunciados surgidos en los Seminarios anteriores mediante las Declaraciones de Otavalo (2004), de Nápoles (2005) y de Asunción (2006).
- 2) Impulsar la acción conjunta académica y científica entre las instituciones italianas y latinoamericanas que han colaborado y colaboran en la concepción y realización del “Proyecto IILA sobre la identidad de los pueblos indígenas de los países latinoamericanos.”
- 3) Fomentar actividades orientadas al mejor entendimiento de las diversas aristas del multiculturalismo.
- 4) Fomentar el respeto y valoración de la diversidad cultural en los distintos países.
- 5) Fomentar el estudio de los temas relativos a los pueblos indígenas en el contexto de la relación con los estados nacionales y en el ámbito internacional.
- 6) Fomentar los estudios y las investigaciones multidisciplinarias sobre las identidades de los pueblos indígenas, poniendo especial énfasis en los enfoques lingüísticos, antropológicos y del derecho consuetudinario.


- 7) Defender y promover la comunicación sobre la contribución de los pueblos indígenas y de las culturas tradicionales a la humanidad.
- 8) Promover conjuntamente actividades que lleven a la realización de proyectos de cooperación orientados al rescate y afianzamiento de las identidades indígenas en los contextos contemporáneos.
- 9) Alentar al IILA para que continúe la organización de los seminarios concebidos en el Proyecto llevándolo a su conclusión con una reunión global que cuente con la participación de los expertos y representantes de instituciones de todos los países miembros del IILA.
- 10) Ampliar y reforzar los vínculos y la colaboración entre las instituciones de cada país que suscriben el presente documento.


Dado y firmado en la sede del Rectorado de la Universidad de Siena, a los 5 días del mes de junio del año 2007.

Prof. Pietro Pustorino
Università degli Studi di Siena

Pietro Pustorino


Dott. Gustavo Arteta
Secretario Socio-Economico
Istituto Italo-Latino Americano


Prof. Ramiro Dominguez
Coordinador Comisión Nacional
de Bilingüismo


Prof. Antonio Palmisano
Università degli Studi di Trieste
Coordinador Científico Seminario

“STAMPA 3” snc

Via del Colle della Strega, 49/51 - 00143 Roma
Tel. / Fax 06.5917592 - E-mail: stampa3@tin.it

**Il Convegno è stato realizzato con il contributo della
Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo del
Ministero degli Affari Esteri d'Italia**

