

El derecho de los pueblos originarios

Reflexión y hermenéutica

Manuel Moreira



Santiago Álvarez
Editor



**UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL**
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

El derecho de los pueblos originarios

Reflexión y hermenéutica

Manuel Moreira

Santiago Álvarez
Editor



**UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL**
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Dibujo de tapa: Sofía Quirós
 El derecho de los pueblos originarios
 Manuel Moreira
 ISBN: 978-987-25094-0-8
 Primera edición Santiago Alvarez Editor-Universidad Nacional del Litoral, mayo de 2009.
 © Manuel Moreira

Moreira, Manuel
 El derecho de los pueblos originarios : reflexión y hermenéutica. -
 1a ed. - Buenos Aires : Santiago Alvarez Editor, 2009.
 288 p. ; 22x15 cm.
 ISBN 978-987-25094-0-8
 1. Antropología Jurídica. I. Título
 CDD 340.1

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723. No se permite la reproducción total o parcial de este libro ni su almacenamiento ni transmisión por cualquier medio sin la autorización de los editores.

Índice

Palabras preliminares	9
Prólogo	11
Introducción	15
I	
Situación de los pueblos originarios en Argentina	29
Aspectos Generales	29
I.1. La población indígena en la Argentina	29
I.2. La situación actual	39
I.3. El "problema indígena" y el "problema blanco": etapas históricas	44
I.4. La cuestión indígena en la legalidad internacional	48
I.5. Las reformas constitucionales en Argentina	65
I.6. Las Leyes Nacionales y Provinciales	71
II	
Los derechos indígenas en la Convención Constituyente de 1994 ...	75
II.1. Estrategias, desacuerdos e ideologías en la elaboración del texto nuevo	75
II.2. Las confusiones al distinguir los conceptos de "pueblo", "etnia", "nación" y "minorías étnicas"	78
II.3. Análisis de las Inserciones presentadas, luego de aprobarse el nuevo texto sobre Derechos indígenas	86
II.4. Conclusiones	139
III	
El derecho indígena y el derecho estatal	149
III.1. El llamado "Derecho consuetudinario"	149
III.2. El conflicto y las dimensiones legales	161
III.3. Las fronteras étnicas y las soluciones judiciales	214
III.4. Mecanismos de interpretación sobre el alcance y aplicabilidad del derecho indígena	216
IV	
El cambio normativo	233
IV.1. Razones para la competencia federal	233
IV.2. La competencia provincial	249
IV.3. El fuero indígena como alternativa	253

I

Situación de los pueblos originarios en Argentina

Aspectos Generales

I.1. La población indígena en la Argentina

Según datos oficiales (INDEC) y extraoficiales (ONG), en la Argentina viven entre seiscientos mil y más de un millón de indígenas, todos descendientes de los antiguos habitantes del territorio que se encuentran asentados en distintas regiones, dispersos en 32 grupos étnicamente diferenciados¹. Estas cifras², que se anuncian con una significativa indeterminación, también denuncian el fin de la "cortina de hierro cultural" que paradójicamente se denominó "invisibilidad" y que trágicamente puede equipararse con "desaparecidos", categorías que eufemísticamente ocultaron detrás de una retórica ominosa la historia abominable de un holocausto.

En el caso indígena, la invasión, el despojo y el etnocidio se ha repetido a través de muchas fórmulas y programas en todo el espacio territorial argentino. Esta opresión y exterminio se reconfigura en los nuevos actores, que son los pueblos indígenas en proceso de emancipación, quienes no sólo ven el pasado sombríamente momificado, sino el presente que se agita desde la estadística con una respuesta paradójica al genocidio: la configuración de una nueva sociedad indígena que rescató y protegió su identidad mediante una prolongada y obstinada *resistencia étnica*.

1 Algunas fuentes indican que son 19 grupos y otras 32, teniendo presente el origen común de algunas etnias. El Censo realizado entre los años 2004-2005 establece según los datos del INDEC la cantidad de 32 etnias, pero muchas de ellas pertenecen al mismo tronco lingüístico.

2 La cantidad exacta de indígenas varía por distintos factores, el primero reside en los censos incompletos y los datos improvisados y aproximados aportados por diferentes procedimientos, por el éxodo permanente de la población aborigen, la mimetización de muchos de ellos con la población blanca en trabajos temporales y la política de invisibilidad y exclusión. También varía por los criterios de identificación ya que determinar la ascendencia étnica sin contar con la aceptación que corresponde a la autoidentificación forma parte del ocultamiento por el que muchos descendientes de indígenas optan para evitar la discriminación.

La idea de *configuración étnica* resulta de entender un proceso de luchas, violencia simbólica y desigualdad económica dentro de un espacio común, saturado de contradicciones y negaciones ideológicas mediante prácticas culturales que articulan y desarticulan la misma realidad con una dinámica voraz³. Prácticas que Vázquez explica como respuestas conscientes e inconscientes de los grupos indígenas a la coerción a que fueron sometidos por el grupo dominante dentro de un campo de interacción socioétnico⁴.

El número de habitantes de origen indígena en nuestro país nunca fue establecido con exactitud, no obstante la importante cantidad de políticas implementadas y los propios censos nacionales. Mientras Sarasola señala que el AIRA (Asociación Indígena de la República Argentina) estimaba la población, en cierto momento, en un millón y medio, el Equipo de Pastoral Aborigen (ENDEPA) estableció la cantidad de 418.000 para la misma fecha y 1.500.000 en su Informe Alternativo⁵. Otros estudios sugieren 342.000 (Hernández, 1985) o 398.000 (Mayer y Masferrer, 1978)⁶.

Decía Carrasco al respecto:

Argentina no conoce la cantidad de población indígena que habita en sus territorios. Este hecho no es un mero dato de la realidad. Por el contrario es una muestra del relativo éxito alcanzado por el esfuerzo que los dirigentes políticos realizaron para demostrarle al mundo que Argentina es un país blanco y culturalmente homogéneo.⁷

³ Explica Bartolomé, Miguel: "Las configuraciones étnicas son el resultado contemporáneo del proceso histórico y cultural seguido por las colectividades étnicas en América Latina, cuyo rostro actual muchas veces no recuerda a su fisonomía prehispánica, aunque ello no les quita legitimidad ya que nunca existió una configuración pristina o esencial, sino sucesivas configuraciones una de las cuales es la que se manifiesta en el presente" (Cfr. *Procesos Interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*. México, Siglo XXI Editores, 2006. Pp. 105.)

⁴ Cfr. Vázquez, Héctor: *Procesos identitarios y exclusión sociocultural. La cuestión indígena en la Argentina*. Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000. Pp. 125.

⁵ Cfr. *Informe alternativo sobre el estado de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT en Argentina*. ENDEPA-MEDH. Julio de 2003.

⁶ Véase Sarasola, Carlos Martínez: *Los hijos de la tierra. Historia de los indígenas argentinos*. Buenos Aires, Emecé, 1998. Pp. 210.

⁷ Cfr. Carrasco, Morita: *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Buenos Aires, Vinciguerra, testimonios, 2000. Pp.7.

En nuestro país se realizaron antes del año 2000, ocho censos nacionales (1869, 1895, 1914, 1947, 1960, 1980 y 1990) y solamente en los tres primeros la temática indígena tuvo un tratamiento parcial⁸. Recién en 1965-1968 se realizó el primer Censo Indígena Nacional, pero los datos nunca fueron completados. El Decreto 3998/65, que creaba el Censo Indígena Nacional, en sus fundamentos diagnosticaba que existían en el país grupos indígenas sin integrarse a la comunidad nacional; por ello era necesario realizar un censo que aportara los datos necesarios para promover un cambio. Ese cambio debía estar precedido de la información sobre los pueblos indígenas, lo cual era indispensable para disponer una política coherente y continua que atendiera las características y fisonomía de las comunidades indígenas. El decreto concluía con la recomendación de que los mismos elementos serían útiles para inducir al proceso de aculturación tendiente a producir mejoras en el plano económico, sanitario, educativo y laboral, apuntando a la definitiva incorporación de esos pueblos a la comunidad nacional.

El método que fue utilizado en el censo de 1965 consistía en anotar a todos los individuos que reuniesen las características antropológicas básicas necesarias para considerarlos pertenecientes a alguno de los pueblos indígenas clasificados. Entre las preguntas figuraban indagaciones acerca de si eran adeptos a algún credo occidental, si existían formas sincréticas locales, si fueron enrolados y por qué no lo hicieron, qué causas aducían para no ir a la escuela, entre otras. Ese tipo de preguntas apremiantes no solamente forzaban el proceso de integración sino que además funcionaban como métodos intimidatorios, entorpeciendo la autoidentificación espontánea.

Como es posible observar, los criterios adoptados nos informan de una política indigenista que acentúa la etapa integracionista de los pueblos originarios; en este sentido, el método de identificación no resulta aceptable ya que oscilaba entre un racismo moderado y un confuso inventario de datos observables. Menos aún resulta aceptable el fin político del Censo, que se proponía obtener datos para "aculturar" e integrar a los grupos indígenas existentes, bajo una idea de unidad colectiva, sin tener en cuenta al indígena fuera de la comunidad. El confesado propósito del censo de "aculturar" anticipa inevitablemente un proceso de "desculturación" o desintegración cultural, lo cual explica la lógica

⁸ Merecen mencionarse dos Censos Provinciales: el Censo Aborigen de Formosa de 1970 y el Primer Censo Aborigen provincial de Salta de 1984.

de las preguntas estipuladas en las cédulas censales. Vale aclarar que este censo tampoco concluyó y sus resultados no se volvieron a incluir en la confección de los programas posteriores a él.

En continuidad con esta iniciativa, en 1997 se sancionó la Ley 24.956 sobre Censo Indígena, que incorporaba la "variable indígena" al Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda. Esta ley establecía el criterio a seguirse en la denominada "variable indígena" definida en su art. 1 con el siguiente texto: "Se incorporará al Censo Nacional de Población y Viviendas del año 2000 la temática de autoidentificación de identidad y pertenencia a comunidades aborígenes, mediante la ampliación de los módulos previstos en el mismo". La adopción de esta fórmula fue siguiendo las recomendaciones de Naciones Unidas para la elaboración de información estadística en los Censos de Población y Habitación, así como también se tuvieron en cuenta los antecedentes de otras mediciones estadísticas en países de América Latina. Y los aportes de talleres convocados por el INDEC.

En esta nueva etapa, la metodología censal adoptada consistía en incluir dos relevamientos: el censo demográfico y la encuesta complementaria al relevamiento censal. Al incorporar la pregunta de identificación étnica en la cédula censal se buscaba detectar los hogares con personas indígenas sin aportar otra información, datos que constituían el marco de muestreo. Así, con esta información se diseñaron muestras representativas compuestas de 57.000 hogares que luego fueron revisitados en la Encuesta complementaria⁹.

El censo realizado en el año 2001 estaba destinado a actualizar la base estadística necesaria para conocer la realidad sociodemográfica y con ese propósito incorporó la "variable indígena" en la casilla nro. 2 de la cédula censal, contando inicialmente con la participación de miembros de comunidades indígenas y observadores de otras zonas. Para despejar el camino en cuanto a la inclusión de la variable, el INDEC contrató a un grupo de estudiantes de la UBA que trabajó en la prueba de validación de la pregunta que incluía la denominada "variable indígena"; este procedimiento se realizó en dos pruebas pilotos, una practicada en Clorinda (Formosa) y la otra en Pergamino (Buenos Aires). Ambas fueron llevadas a cabo en abril del año 2000.

A partir de estas pruebas se realizaron las siguientes observaciones:

⁹ Datos consultados en el INDEC.

- No resulta conveniente utilizar la categoría "indígena", porque se corre el riesgo de discriminar y puede conducir a que la persona entrevistada niegue su identidad.
- Si la pregunta va dirigida a la persona que sea considerada jefe de hogar, el criterio de "autorreconocimiento" perseguido no será eficaz.
- La forma mecánica del cuestionario no permite la obtención de datos confiables en esta variable, por lo que se recomendó una metodología de entrevista abierta o semiestructurada.
- Las cifras que arrojará dicho censo serán la consecuencia de un siglo y medio de políticas estatales de invisibilización.
- Está previsto un censo exclusivamente indígena para el año 2002, en el que se visitará los hogares donde se haya detectado al menos un componente indígena.¹⁰

Por su parte, la Comisión de Prensa de los *Pueblos Originarios* señaló en un comunicado que la implementación del censo con la inclusión de la "variable indígena" en el año 2001, sin la plena participación de las comunidades aborígenes, atentaba contra la identidad de esos pueblos, afectando sus derechos y violando leyes y convenios nacionales e internacionales referidos a los pueblos indígenas. Se incluía además la violación a la Ley 23.302 y a la Ley 23.592 de "Represión de actos u omisiones discriminatorios"¹¹.

De este modo se inició la búsqueda de consenso sobre esta "variable", que apuntaba a obtener la participación activa y directa de los indígenas en la capacitación de los censistas y la difusión de su metodología. Como esta condición no fue cumplida correctamente y como consecuencia de la ejecución inadecuada del proceso que incumplió con la metodología diseñada, la Asociación de *Juristas Indígenas en Argentina* (CJIA) presentó un recurso de amparo a través del cual solicitó la postergación del censo, aduciendo la violación del Convenio 169 de la OIT y el art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional¹².

¹⁰ En Postura Mapuche frente a la incorporación de "la variable indígena" en el Censo Nacional de Población y Vivienda 2001. <http://www.soc.nu.se/mapuche/mapuint/Newentuayin>.

¹¹ "Manifiesto de los Pueblos Indígenas frente al Censo Nacional". En Diario El Chubut On Line (Esquel) 10 de octubre de 2001.

¹² El recurso prosperó y debió suspenderse el trámite del mismo y la difusión de sus resultados. Actualmente se realiza un nuevo censo con plena participación de las comunidades indígenas.

Lo que en definitiva se violó fue el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que describe el significado de consultar a los pueblos indígenas y además no se tuvo en cuenta el derecho a la participación que les reconoce la Constitución Nacional en la cláusula incorporada por el art. 75 inc. 17 y la Ley Nacional Indígena nro. 23.302¹³.

Estas violaciones sistemáticas ordenadas en el recurso articulado por las Asociaciones Indígenas revelaron una vez más el aparente propósito del Estado de cumplir con exigencias internacionales de un modo formal y con programas unilaterales, que otra vez no consideraron las pautas que debían seguirse y que ordenaban el marco necesario para legitimar el procedimiento censal a fin de obtener resultados más exactos; datos necesarios para implementar una política indígena acorde a la población indígena distribuida en distintos espacios sociales y territoriales.

Así, el dudoso método de la iniciativa sólo reveló con más nitidez el cumplimiento simulado de una formalidad exigida por numerosos organismos internacionales, para obtener una información largamente demorada, desmontando una vez más la política de "invisibilidad" de los pueblos indígenas.

Sin embargo, antes del último censo existía una estimación sobre la población aborígen cuyas cifras fueron construidas mediante procesos diferentes de las prácticas censales, a través de datos aportados por el INAI, el ENDEPA, y algunas ONG. De los dos primeros se desprende que la población existente asciende a más de un millón de personas, mientras que distintas organizaciones estiman en un millón y medio. De acuerdo con estos datos la población general aborígen estimada por etnia y provincia es de:

Pueblo Indígena	Provincia	Población
Huarpcs	Mendoza y San Juan	400 hab.
Tapietes	Salta	400 hab.
Chorote	Salta	1.000 hab.

¹³ Si se examina el art. 6 del Convenio 169 se advierten que sus disposiciones alertan sobre algunos aspectos esenciales de la vida democrática, herramientas que por tratarse de un "pueblo" coexistiendo con otro "pueblo" en el mismo territorio, aunque con autonomías diferentes, no le hace perder los derechos elementales de este sistema político. Ellos están enunciados en el art. 6 con una precisa metodología y separados en tres incisos: la participación, la consulta y el consenso. Estas tres formas políticas de actividad política de los "pueblos indígenas" garantizan su igualdad, el control de las decisiones que afectan a sus comunidades y el acceso a los datos necesarios para que su participación no sea meramente formal.

Pueblo Indígena	Provincia	Población
Tehuelches	Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego	1.000 hab.
Tocnocotes	Santiago del Estero	1.000 hab.
Chulupi	Salta	1.300 hab.
Chanc	Salta	1.300 hab.
Guaraní	Misiones	3.100 hab.
Mbya Guaraní	Misiones	4.800 hab.
Pilaga	Formosa	5.500 hab.
Mocoví	Santa Fe y Chaco	8.000 hab.
Diaguíta Calchaquí	Catamarca, Tucumán, Santiago del Estero y La Rioja	1.000 hab.
Chiriguano	Salta y Jujuy	23.000 hab.
Toba	Chaco, Formosa, Salta, Santa Fe, Buenos Aires	66.000 hab.
Wichi	Salta, Chaco y Formosa	85.000 hab.
Mapuche	Neuquén, Río Negro, La Pampa, Chubut y Buenos Aires	100.000 hab.
Kolla	Jujuy y Salta	200.000 hab.
Rankulche	Río Negro, La Pampa y Buenos Aires	No hay datos
Población "indígena" Urbana	ciudades de Santa Fe, Resistencia, Posadas, Formosa y Salta	500.000 hab.

Datos aportados por endepa, inai y algunas ONG

El "Informe alternativo" sobre el estado de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT en Argentina, producido por ENDEPA-MEDH, indicaba que las cifras que extraoficialmente arrojó el Censo del año 2001 era de 1.500.000 personas que se reconocían como indígenas, lo que significaría un 3% de la población del país¹⁴.

El Censo de 2001 se realizó en dos etapas. En la primera fueron suspendidos los resultados con respecto a la población indígena ya que en realidad esta primera etapa estaba orientada a identificar los hogares con personas indígenas y no a aportar información estadística, más allá de las muestras representativas. Posteriormente, en la Encuesta complementaria se estimó una población de 600.329 indígenas que se reconocen como pertenecientes y/o descendientes en primera generación de pueblos indígenas.

¹⁴ Este informe fue presentado en julio de 2003 y producido por el Equipo de Pastoral Aborígen de la República Argentina (ENDEPA) y el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH), contando con el aval de diversas Comunidades, Pueblos y Organizaciones Indígenas, Iglesias, ONGs y Organizaciones Sindicales.

Pueblo indígena	Población
Atacama	3.044
Ava guaraní	21.807
Aymara	4.104
Chané	4.376
Charrúa	4.511
Chorote	2.613
Chulupí	553
Comechingón	10.863
Diaguíta/diaguíta calchaquí	31.753
Guaraní	22.059
Huarpe	14.633
Kolla	70.505
Lule	854
Mapuche	113.680
Mbyá guaraní	8.223
Mocoví	15.837
Omaguaca	1.553
Ona	696
Pampa	1.585
Pilagá	4.465
Quechua	6.739
Querandí	736
Rankulche	10.149
Sanavirón	563
Tapiete	524
Tehuelche	10.590
Toba	69.452
Tonocoté	4.779
Tupí guaraní	16.365
Wichi	40.036
Otros pueblos declarados (1)	3.864
Pueblo no especificado (2)	92.876
Sin respuesta	9.371

(1) Incluye, entre otros, los casos registrados con las siguientes denominaciones: abaucán, abipón, ansilta, chaná, inca, maimará, minuán, oclaya, olongasta, pituil, pular, shagan, tapc, tilcara, tilián y vilela. No se brindan datos por separado para cada denominación debido a

que la escasa cantidad de casos muestrales no permite dar una estimación de cada total con la suficiente precisión.

(2) Incluye los casos en que la respuesta relativa al pueblo indígena de pertenencia y/o ascendencia en primera generación fue "ignorado" u "otro pueblo indígena". Fuente: INDEC. Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) 2004-2005 - Complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001.

Estos datos nos permiten saber que existen diferencias importantes en cuanto a las estimaciones sobre la población aborigen en la Argentina. No obstante ello, los datos aportados por las organizaciones e instituciones oficiales, con la cooperación y participación de diferentes comunidades indígenas, nos facilitan conceptos numéricos obtenidos con herramientas metodológicas restringidas empíricamente, pero que sumadas a otras permiten alcanzar un rango de mayor certeza para precisar el volumen de la población aborigen, prescindiendo de datos demográficos más específicos. Estas cifras, registradas por distintas agencias no estatales y diferentes métodos, nos aproximan a la verdadera realidad demográfica, descubriendo una población importante que ha permanecido invisible ante la sociedad argentina. Esta situación de invisibilidad ha sido mencionada ya en el año 1972 por el antropólogo Miguel Bartolomé:

Para la gran mayoría de los habitantes de la República Argentina, los indios representan un mero recuerdo de sus libros escolares que narraban los episodios de la conquista y de la expansión nacional. Muchos... se sorprenden cuando escuchan que más de 150.000 indios (estimativa de comienzos de la década de 1970, GLR) sobreviven en Argentina, o cuando leen noticias sobre reclamaciones legales por parte de algún oscuro "cacique" guaraní, o demandas territoriales hechas por un olvidado líder araucano.¹⁵

En relación con esto, el antropólogo brasileño Gustavo Lins Ribeiro señalaba con enojosa perplejidad que pocos antropólogos saben que Argentina posee una población indígena mayor que Brasil en términos relativos y absolutos y que cuando se estimaba en Argentina una población de 447.900 personas, en Brasil la población indígena se calculaba en 350.000.¹⁶

¹⁵ Bartolomé, Miguel: "La situación de los indígenas en la Argentina: área chaqueña y provincia de Misiones". En Georg Grünberg: *La situación del indígena en América del Sur*. Montevideo. Biblioteca Científica/Tierra Nueva, 1972. Pp. 314.

Lins Ribeiro hace una distinción acertada de las políticas identitarias que construyen artificialmente el tipo de país que conviene a la idea nacional, desde donde se instala el imaginario social con creencias dominantes sobre lo inclusivo y lo exclusivo, como el indígena. Brasil se define como el país tropicalista y exótico, mientras que Argentina se presenta como la réplica europea en América y donde los indios no sólo no caben, sino que deben ser arrancados del escenario que no les pertenece, proceso que bien se denominó como de invisibilidad. En Brasil, por el contrario, se expone como una cualidad exagerada, con un acento desproporcionado de esos aspectos. Esto sucede de manera tan inusitada que teniendo el 0,01% de la población aborigen aparece como una variable importante, mientras que en Argentina, que tiene el 3%, se ignora al indio, imagen de un pasado colonial o sobrevivientes remotos de la conquista del desierto.

Juan José Sebreli, reconocido ensayista argentino, ha sostenido en uno de sus libros una conjetura absolutamente incorrecta, en perversa armonía con quienes siguen creyendo en el país europeo en América. Al respecto, este autor ha dicho que "las culturas precolombinas están muertas", anunciando con ello un aspecto de este imaginario que fue construyendo una sociedad excluyente y clasista desde Buenos Aires¹⁷.

Con un discurso que calca y amplifica lo que un sector muy grande de la sociedad americana cree, Sebreli razona provisto de un método comparativo etnocéntrico cargado de una densa y asfixiante matriz evolucionista:

Plantear el problema indígena como un caso de "nacionalidades oprimidas" o "razas irredentas" es disimular la pertenencia del indio antes que a una raza a una clase social: proletariado rural, subproletariado de los suburbios, clase residual de economías precapitalistas. La desigualdad económica y social que sufre el indio compete a la política y nada tiene que ver con la filosofía racial, la antropología cultural o el folclore. Los indios necesitan técnicas avanzadas para cultivar la tierra, educación, condiciones sanitarias, integración en la economía moderna. Los indigenistas no se preocupan de estas necesidades que consideran superficial-

¹⁶ Véase Lins Ribeiro, Gustavo: *Tropicalismo e europeísmo. Modos de representar o Brasil e a Argentina*. Brasilia, Ediciones de la Universidad de Brasilia, 2001. Pp. 13

¹⁷ Sebreli, Juan José: *El asedio a la modernidad*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1995. Pp. 285.

les, cuando no distracciones de los problemas esenciales que para ellos son la reivindicación de la posesión de la tierra y la libertad de trabajarla a la manera tradicional sin interferencias de ningún orden extraindígena.¹⁸

La confusión y la forma caótica de encarar el problema no sólo anulan las conclusiones, sino que mezclan verdades con categorías artificiales forzosamente ideológicas que sucumben rápidamente cuando se las confronta con el panorama de cada comunidad. Además, introduce categorías inaceptables dentro del derecho internacional y los derechos humanos: se confunde raza con *etnicidad*, *identidad* con *clase social*, formas de *intercambio comercial* con *liberalismo*. Si consideramos que quien lo dice es un reconocido intelectual en la Argentina, no podemos evitar una cierta desazón, que constituye además una prueba de lo que venimos afirmando sobre los mecanismos de exclusión e invisibilidad.

1.2. La situación actual

No existen antecedentes, ni estudios que permitan predecir en un futuro que los grupos indígenas adoptarán las costumbres y la cultura del invasor, a excepción de algunos aspectos culturales fragmentados que se van incorporando, sin afectar esencialmente la identidad y la cosmovisión de estos pueblos. Aunque existe una población importante de aborígenes que fue abandonando las aldeas para mimetizarse con los centros urbanos, dicha migración no debe medirse como una elección voluntaria, sino como una forma desesperada de sobrevivir, que muchas veces tiene origen en el desalojo o la expulsión de sus territorios¹⁹.

Este panorama puede examinarse desde varias perspectivas, ya que cada región presenta problemas diferentes que surgen del medio ambiente, de la población aborigen, de la proximidad con centros urbanos

¹⁸ Sebreli, Juan José. Op. cit. p. 288.

¹⁹ La migración a los centros urbanos no implica necesariamente la pérdida de la identidad cultural, como lo han registrado distintas investigaciones. Esta condición va asociada a la definición de "indio" como explica Adolfo Colombres: "O sea, será indio todo aquel que se sienta identificado con cierto grupo étnico, por más que mediaren mestizajes biológicos y culturales, y a la vez heredero de una tradición cultural, de una visión del mundo específica... Se será indígena por autodefinición consciente, con un mínimo apoyo de elementos objetivos... pero puede también haberse destribalizado y defender en una villa de emergencia su condición de indígena, orgulloso de su identidad". En *La Colonización cultural de la América indígena*. Buenos Aires, Ediciones del Sol, 1991. Pp. 246.

y de otros factores como la distribución de la tierra y la afectación de algún recurso natural como los cursos de agua y la depredación de la fauna autóctona.

Por otra parte, las autonomías provinciales generaron desiguales formas de tratar el problema y legalizar la situación de las comunidades. Así es que finalmente la variedad étnica, siempre afectada por la categoría "indio" –aplicada con un propósito universalizante–, fue el estereotipo que canalizó con fluidez el estigma y el error. Tampoco hubo políticas o programas con la dinámica necesaria para tratar cada situación con métodos diferentes según las necesidades y reclamos de los pueblos afectados.

Actualmente, y como primera aproximación, se pueden observar cinco regiones donde existen indígenas rápidamente reconocibles, a su vez agrupados en comunidades étnicamente diferentes, pero asociados por habitar el mismo territorio y participar del mismo proceso reivindicativo. Sin embargo, en algunas provincias la invisibilidad aumenta y la asimilación forzosa ha debilitado la identidad.

Las regiones más densamente pobladas son las del Sur, las del Noroeste y el Nordeste donde, como puede comprobarse, los aborígenes fueron desalojados de las mejores tierras para cultivo. Por otra parte, las zonas próximas a los grandes centros urbanos casi no existen vestigios de comunidades, que paradójicamente han sobrevivido en las regiones más distantes a las grandes capitales.

Aunque la población indígena estimada en todo el país alcanza entre el 1% y el 3% de la población total, en algunas provincias llega a porcentajes mayores como el 17% y 25%. Este dato es muy importante si consideramos que la reforma constitucional establece una competencia concurrente con las provincias, ya que cada provincia debería legislar en orden a esos resultados censales y las políticas nacionales también podrían orientarse a partir de ellos.

En general el cuadro es patético. El indígena argentino se encuentra acorralado por la pérdida gradual y sistemática de sus territorios, la desactivación de sus relaciones de intercambio, el despojo de sus montes nativos, la contaminación de los ríos, arroyos y lagos, que además han soportado una depredación continua de la fauna ictícola y los disturbios del medio ambiente. Asimismo, la pobreza ha aumentado la vulnerabilidad de las comunidades ante el proceso de desarrollo que fue demoliendo las fronteras frágiles de un mundo penosamente conservado.

Desde la Justicia los reclamos fueron infructuosos durante más de cien años, durante los cuales se negaron sistemáticamente derechos elementales con argumentos legales provenientes de un sistema normativo colonial.

Recién en los últimos tiempos han aparecido fallos ejemplares, pero todavía solitarios que sentaron precedentes sobre los derechos indígenas. Uno de ellos merece ser recordado por los alcances que logró. Se trata del fallo de la CSJN, sobre la tala indiscriminada e inconsulta de los montes nativos en Salta, que perjudicaba a una comunidad indígena del Pueblo Wichí Hoktek T'Oí, por el cual se dejó sin efecto la denegación de la Corte de Salta en contra del recurso de amparo que cuestionaba dos actos administrativos emitidos por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable que autorizaba la deforestación indiscriminada de los Catastros Rurales nro. 17.564, 17.569 y 15.570. El fundamento de la comunidad indígena consistía

En que la eliminación del bosque, a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debida a la erosión y salinización del suelo), y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena –donde también viven algunos de sus miembros– en las que, además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construida y destinada al uso de sus integrantes.²⁰

En la región Noroeste se habían talado indiscriminadamente los montes, afectando las zonas de caza y recolección de alimentos para favorecer a empresas y particulares que fueron comprometiendo la actividad económica de los indígenas y alterando sus modos de vida, además de la contaminación ambiental y el aislamiento que generaron.

²⁰ El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, C. 1205. XXXVII, Recurso de hecho. Comunidad Indígena del Pueblo Wichí Hoktek T'Oí c/Secretaría de Medio Ambiente y desarrollo Sustentable, escuetamente concluyó: "A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional". Con este fallo, la Corte Suprema parece adherir a la posición doctrinaria que sustenta la operatividad del inc.17 como ya lo vienen sosteniendo otros juristas.

En cuanto a la región del Noreste también se observan los mismos males, como la tala del monte nativo, la invasión a los territorios indígenas ocupados, el litigio por la tierra, la contaminación de ríos y arroyos y la afectación de los recursos naturales. Es decir, la "civilización" ha tendido un cerco asfixiante y demoledor sobre las comunidades aborígenes. Por ejemplo, en la Provincia de Misiones, al ingresar a la comunidad indígena denominada "Perutí", inmediatamente se ve a un costado del camino de acceso un aserradero abandonado, con sus costosas máquinas oxidadas y cubiertas parcialmente por la maleza²¹. Resulta evidente que si el Mbya-Guaraní ha reclamado permanentemente la conservación del monte como proveedor de su alimento y forma de vida, un aserradero representa lo contrario: el instrumento letal de su extinción. Privado de la tierra y del monte el Mbya-Guaraní es arrancado de su forma de vida ancestral, perdiendo su hábitat y modo de subsistencia natural.

La ayuda humanitaria que trata que los indígenas vivan en viviendas higiénicas o que tengan escuelas debe ser examinada con precaución porque altera la forma de vida elegida por los mismos. La mayoría de ellos prefiere la tierra y la conservación y protección de los bosques, donde recogen el alimento, cultivan la tierra, obtienen la medicina natural ordenada en antiguas y eficaces farmacopeas, actividades que les permiten vivir en armonía dentro de la comunidad. En lo relacionado con la educación, la enseñanza debe contemplar una serie de aspectos que ahora resurgen con más vigor; en las tendencias más actuales se requiere capacitadores indígenas, respeto por la religión y la cultura y que el relato sobre la historia incorpore la propia historia del pueblo indígena que involucra la enseñanza plurilingüe.

Ahora bien, en la Patagonia se ven situaciones aún peores que las mencionadas. Relata Morita Carrasco:

En la Patagonia los pueblos indígenas ven año a año reducirse sus territorios, rebaños y posibilidades de empleo como peones rurales. Los alambrados se siguen corriendo y las tierras son ven-

21 He tomado conocimiento de que las máquinas fueron adquiridas con donaciones provenientes de Alemania y aunque el propósito haya sido humanitario y generoso aumentó el peligro que generaría la explotación del monte nativo. La ayuda humanitaria encarada de manera ligera y el altruismo etnocéntrico de darles, por ejemplo, herramientas sofisticadas, tractores o alimentos que modifican sus hábitos y dietas milenarias no resulta una buena forma de solucionar la marginalidad y la destrucción de estos pueblos. En todos los casos debe medirse el impacto en la comunidad, que también estará en relación proporcional al menor o mayor contacto con la sociedad hegemónica.

didadas a las grandes corporaciones industriales de los países centrales, que aprecian sus pastos para la cría de ovinos. Esto hace que las comunidades indígenas no puedan acceder a recursos tan vitales como la leña para poder soportar los crudos inviernos. Sólo les queda ser testigos de la muerte de sus animales, de la contaminación de sus fuentes de agua por las empresas petroleras y del envenenamiento de sus hijos por consumo de agua con altos porcentajes de metales pesados. Por el otro lado no son ellos quienes aprovechan el empleo generado por la instalación de las grandes empresas petroleras y agroindustriales pues su vinculación con el mercado laboral es precaria, inestable o prácticamente inexistente según las zonas.²²

En el Informe Alternativo²³ ya mencionado, se formulan cuestionamientos acerca de una serie de incumplimientos al Convenio 169, donde se incluyen la demora en la entrega de los títulos comunitarios, la inacción del Estado en los juicios de expropiación seguidos contra particulares en favor de las comunidades y la violación del derecho de participación y al Medio Ambiente. Cabe señalar que no existen institutos de formación de docentes indígenas y que en lo que hace al Sistema de Salud no se contempla la sabiduría y práctica medicinal indígena; asimismo, la falta de protección contra la invasión de particulares y multinacionales a los territorios indígenas, la existencia de gasoductos y/o cables de alta tensión que atraviesan las comunidades sin solicitud ni el reconocimiento de los pueblos afectados y la exclusión de indígenas productores de lana del régimen de subsidios y promociones, entre otros reclamos.

Este panorama, descrito someramente, es suficiente para entender que existe un generalizado incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado a partir de la adopción de la legislación internacional, repitiendo con gravísimas consecuencias los incumplimientos de Instrucciones, Convenios, Acuerdos, Capitulaciones y Tratados firmados en el pasado con numerosas comunidades indígenas, desde 1742 a 1878²⁴.

22 Carrasco, Morita, Op. cit. p. 10.

23 Ob.cit. pp. 12-15-17-20-22-28.

24 Véase Briones, Claudia y Carrasco, Morita: *Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia (Argentina 1742-1878)*. Buenos Aires, IWGIA-Vinciguerra. 2000.

1.3. El "problema indígena" y el "problema blanco": etapas históricas

¿Es adecuado hablar de un "problema indígena" sin aclarar los alcances y definir al mismo como perteneciente exclusivamente a alguien? Porque también podría hablarse del "problema blanco" con mayor precisión científica, ya que nos llevaría a definir las políticas y estrategias del invasor que ha destruido la sociedad original, precipitando el conflicto en una escala trágica para el indígena y en una minoría incómoda para aquél.

Esta aclaración es válida porque, según el enfoque, hablar de "problema indígena" desde la sociedad hegemónica representa otra forma de exclusión, al sugerir una incomodidad, un obstáculo para el desarrollo de la comunidad blanca y al mismo tiempo un compromiso indeseado al que se lo ve siempre desde una posición negativa y antagonista.

En todo caso la frase "problema indígena" debería acotarse a la cuestión legal, es decir a la ley estatal, donde el debate ha recrudecido y se percibe una contienda muy visible de paradigmas, de ideologías, en las que se amontonan las creencias y prejuicios que sabotean el cambio, ya que los juristas continúan atascados en los dogmas clásicos que conciben al derecho como un mecanismo exclusivamente protector de lo individual, ajeno a los derechos colectivos. En realidad el problema es intercultural, concepción con la que se haría justicia a una epistemología de los conflictos sociales, colocando el objeto de estudio en el nudo visceral, es decir en la "fricción interétnica" donde sucede la intransigencia beligerante.

En ese sentido, podemos afirmar que los problemas interétnicos más visibles se relacionan con la ley: desde la legalización de los territorios ocupados, único modo de sobrevivir de los pueblos indígenas, hasta las prácticas, costumbres, autogobierno y administración de justicia. Con respecto a la discusión sobre la propiedad de las tierras, ésta ha alcanzado un nivel en el que las interpretaciones son contradictorias y se exponen sin aclarar las perspectivas ideológicas que le dan fundamentos. De ambos lados se debate utilizando categorías que todavía no resultan "amistosas" como la de "propiedad individual" o "propiedad colectiva"; "tierras" o "territorios"; "entrega" o "devolución" de tierras; "posesión" o "titularidad"; "autodeterminación" y "soberanía nacional".

En lo que atañe a los aspectos culturales, la afectación principal se encuentra en los mecanismos de control social y la demorada devolución de los territorios. El Estado hegemónico, bajo una condición monista del

derecho consistente en la soberanía y la irrenunciabilidad retórica de esta condición de dominación, no ha dejado prosperar formas autónomas de justicia dentro de las comunidades. A ello, debe añadirse el estado generalmente desastroso de las comunidades, diezgadas, llevadas hacia niveles de desigualdad y pérdida de las oportunidades necesarias para desarrollarse como pueblo y preservar sus rasgos identitarios.

No debe olvidarse que el debilitamiento y la destrucción gradual de los modos de vidas tradicionales fueron deteriorando su capacidad de adaptación al medio y restringiendo los modos de adquirir alimentos, a causa de la interrupción de la cadena alimentaria y por la invasión de nuevas reglas y procedimientos de la sociedad hegemónica. Desde esta perspectiva, si hacemos un poco de historia veremos que la situación actual es el resultado de un proceso que ha sido tributario de diversas ideologías, siempre hostiles hacia el pueblo nativo.

Siguiendo a Yrigoyen Fajardo podemos advertir cuatro modelos históricos:

a) El *modelo de Segregación* durante la época colonial. Una etapa de conquista durante la cual el indígena fue colocado en un nivel equivalente al de las bestias y en el que aparecieron diferentes discursos como la preocupación religiosa que provenía del Cristianismo y que impedía tener esclavos. Esta cuestión sin embargo se zanjó mediante el bautismo de los indígenas y la concesión de una libertad nominal, limitada por la "inferioridad" que les impedía gozar de este beneficio. En razón de tal argumento se dispusieron las instrucciones de civilizarlos, lo que en alguna forma encubrían el trabajo forzado y gratuito que se denominó como *encomienda*.

Por otra parte, se hacía presente la cuestión sobre la posesión de las tierras. El historiógrafo de la Corte, Juan Ginés de Sepúlveda, definió y justificó claramente la misión del invasor en dos tratados: el *Democrates alter, sive de ustis belli causis apud Indos*, de 1537, y la *Apología pro libro de justis bellis causis*, de 1550.

Alberto Armani resume sus argumentos:

La conquista de América era justa desde el punto de vista moral en cuanto se aplicaba a sustraer a los indígenas de la idolatría, el canibalismo, la sodomía, y a convertirlos al cristianismo (interpretación del pensamiento de Santo Tomás de Aquino); la propia

conquista era legítima porque la naturaleza primitiva de los indios hacía necesaria su servidumbre al español, que pertenecía a una raza más inteligente y evolucionada (interpretación del pensamiento de Aristóteles).²⁵

b) En cuanto al *modelo de Asimilación*, aparece durante la independencia y al respecto explica Yrigoyen Fajardo:

Con la independencia se importó de Europa el modelo del Estado-Nación y la idea de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Se instauró el modelo de Estado-Nación, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión oficial, que se plasmó en la Constitución. Se buscaba la asimilación o desaparición de la cultura indígena dentro de la nación mestiza, bajo la ideología del progreso y la superación del "atraso indígena". Se buscó extinguir los idiomas indígenas, su religión, su cultura.²⁶

Colombres, invirtiendo el orden de esta clasificación, comenta que el proceso aculturativo termina en la *integración*, pero debe ser coronado por la *asimilación*²⁷. En realidad la estructura dialéctica de estas dos formas puede verse como un programa ideológico, una especie de "solución final" en la que el orden de ambos mecanismos etnocidas se combinan con esa secuencia. Sin embargo, la historia los presenta de modo diferente, porque estos modelos van fracasando y llevan al poder político a una modificación de su campo conquistado, revirtiendo la secuencia destructiva que expone Colombres.

Ahora bien, el programa de asimilación no se cumplió, sino que sólo produjo diversas configuraciones sociales entre los pueblos indígenas, que mediante estrategias de adaptación, procesos de hibridación y de cambio mantuvieron una sólida identidad.

c) Modelo político de *Integración* durante la República. En la etapa integracionista aparecen formas de convivencia tan apremiantes como la anterior, pero teñidas de un vago humanismo. Es decir, se les reconocen derechos a los indígenas pero de modo similar a los derechos de

²⁵ Armani, Alberto: *Ciudad de Dios y Ciudad del sol. El "Estado" jesuita de los guaraníes (1609-1768)*. México, Fondo de Cultura Económico, 1988. Pp. 37.

²⁶ Yrigoyen Fajardo, ob.cit. p.47.

²⁷ Colombres, Adolfo ob. cit. p. 71.

las minorías, sin reconocer la forma plural de la nación. Se respeta y reconocen las costumbres y otras formas culturales, pero no se admite el derecho; la idea es integrarlos a la nación mediante un proceso de aculturación que apunta a la renuncia de la identidad y al reconocimiento y adopción de los valores dominantes de la sociedad blanca. Ofrece en cambio una política asistencialista que pretende uniformarlos mediante la adquisición de la lengua oficial, para lo que se crean escuelas bilingües y se diseñan sistemas habitacionales que se corresponden con la forma de vida blanca²⁸.

d) El último es el *modelo pluralista* de los '90, cuando aparece la diversidad cultural y el pluralismo jurídico. Con este paradigma se reconoce la pluriculturalidad como un derecho.

Este modelo aparece como un nuevo paradigma dentro de los derechos humanos y no como un modelo exclusivamente orientando a la cuestión indígena; las nociones lanzadas en los nuevos documentos establecen un menú de categorías que deben ser aplicadas a los derechos humanos. Al principio la confusión ha impedido la formulación de un cuadro definitivo porque esas nuevas herramientas fueron construidas desde la interdisciplinariedad, pero sin acordar significados compartidos. Tal situación fue provocando diferentes incomodidades para quienes desconocen sus significados disciplinares, ocasionando confusión y discusiones estériles.

Una de ellas es la de "raza", luego convertida en "etnicidad". Otra consistió en confundir y equiparar el "derecho colectivo" de un pueblo aborigen al acto discriminatorio cometido contra una persona individual. En este sentido, Silvina Ramírez sostiene que unas de las condiciones para la construcción de un Estado pluralista es, principalmente, la admisión de la existencia de derechos colectivos²⁹.

²⁸ En el Brasil en el Estatuto del Indio (Ley 6.001/73) revela con mucha claridad este tipo de programas de integración al establecer una escala evolutiva de los indios, distinguidos conforme el tipo o la intensidad de contacto con la sociedad nacional. Así clasifica en "aislados", "en contacto intermitente", "en contacto permanente" e "integrados". Cfr. De Oliveira, Joao Pacheco: "Pardos, Mestizos ou Caboclos: Os Indios nos censos nacionais no Brasil". En *Horizontes Antropológicos. Sociedades Indígenas*. Porto Alegre, Publicación del Programa de Post-Grado en Antropología Social de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, 1997. Pp. 75.

²⁹ Cfr. Ramírez, Silvina: *Justicia Indígena: El desafío de la construcción de un Estado pluricultural*. Buenos Aires, Fichas del INECIP. Ediciones del Instituto, 2001. La misma autora explica más adelante que: "más allá del trasfondo ontológico y normativo de este debate, lo cierto es que la noción de derechos colectivos sigue siendo imprecisa y necesita

Desde la Antropología la categoría "pueblo" es diferente a la de "pueblo" en el Derecho Internacional. Esta diferencia conduce a revisar otras cualidades como la "autodeterminación" y la "autonomía" que también se hace necesario precisar. Por otra parte, un tema más específico proviene de la distinción que efectúan algunos autores entre "pluralidad", "pluralismo" y "diversidad", sobre todo cuando avanzamos en el terreno jurídico y se discute el modelo monista como un dogma que merece una nueva lectura, una redefinición a la luz del reciente orden normativo internacional.

Aunque controvertido, este panorama comienza a ordenarse con el Convenio 169 de la OIT. Por un camino diferente al esperado, la cuestión indígena es tratada en 1986 y lo que vendría a ser el epílogo de una preocupación de la OIT en su lucha contra la injusticia y las desigualdades sociales que atendía no sólo a los trabajadores del sector formal de la economía, sino además a los trabajadores más desprotegidos y desorganizados de las áreas urbanas y rurales. Como antecedente de esta tarea reivindicativa debemos mencionar el Convenio 107 de 1957, que todavía hablaba de "poblaciones indígenas", y que termina con el Convenio 169 que introduce la categoría "pueblos" que, aunque de manera acotada, representa el primer reconocimiento internacional de la existencia de un derecho colectivo.

1.4. La cuestión indígena en la legalidad internacional

Para entender la situación legal y constitucional del problema interétnico habrá que examinar brevemente el emplazamiento de la cuestión dentro del panorama legal internacional y nacional antes de la reforma del 94 y luego de ella.

a) **Documentos de la OEA.** En el orden internacional se puede mencionar como un antecedente remoto, aunque todavía bajo la influencia de las políticas integracionistas y paternalistas, a la Resolución XXIX de la OEA de 1948, conocida como la *Carta Americana de Garantías Sociales*, que en su art. 39 establecía deberes de los Estados para la protección y asistencia a las poblaciones indígenas. Luego, durante mucho tiempo, no se menciona la cuestión indígena, ni en la *Declaración*

de un marco adecuado si lo que se quiere defender es la legitimidad -y necesidad- de dar respuestas a determinadas demandas grupales". Pp. 32.

Americana de los Derechos del Hombre y tampoco en el *Pacto de San José de Costa Rica* de 1969.

Recién en 1971 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó dos resoluciones sobre las poblaciones indígenas. En la primera se recomendaba a los Estados cumplir con la *Carta Americana de Garantías Sociales*, remarcando que la "protección especial" para las poblaciones indígenas constituía

Un compromiso sagrado de los Estados... los funcionarios de los Estados deben actuar con el máximo celo en defensa de los Derechos Humanos de las personas indígenas, contra las cuales no debe haber ni aceptarse acto alguno de discriminación.

En 1988, durante el XVIII período ordinario de la Asamblea General de la OEA, se hizo un llamado de atención acerca de la carencia de normas sobre los derechos indígenas en los instrumentos de protección regional de los derechos humanos. En noviembre de 1989, en el XIX período ordinario la Asamblea General de la OEA, se encargó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las poblaciones indígenas, para ser adoptado en 1992.

Sin embargo, en 1992 recién se llevó a cabo una *Primera consulta entre los gobiernos sobre el contenido de un instrumento legal interamericano sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En agosto de ese mismo año se aprobó el documento *Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión*, que fue sometido desde febrero de 1993 a la consulta de las organizaciones indígenas del continente.

Posteriormente, el 27 de febrero de 1997 fue aprobado el *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este proyecto, se incluyó la noción de "pueblo" con los mismos significados del Convenio 169 de la OIT.

El 4 de junio del 2002 se aprobó en la resolución 1851 el compromiso de concluir con las negociaciones del *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Luego, el día 16 de mayo de 2006, fue aprobado un nuevo Proyecto de Resolución sobre el *Proyecto de Declaración* en el cual se reafirmó que el tema constituía una prioridad para la OEA y se subrayó la importancia de la participación

plena y efectiva de los pueblos indígenas en el proceso de elaboración del proyecto de declaración.

Así fue como, en la Décima reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, celebrada por el Grupo de Trabajo en la Paz (Bolivia) entre el 23 y 27 de abril de 2007, se acordó un nuevo texto para continuar la discusión. Entre los principales puntos figuraron en la sección primera el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en el interior de los Estados (sobre el mismo se presentaron diez propuestas), en el art. IV el reconocimiento de los derechos colectivos, en el art. X el rechazo a todo intento externo de asimilación. Y también el Derecho a la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, entre otros.

b) **Documentos de la ONU.** La actividad de la ONU en este aspecto aparece más rica por la diversidad de los documentos sobre Derechos Humanos; sin embargo en la cuestión indígena históricamente fue marchando confusa y desigualmente, sobre todo por las categorías utilizadas que crearon un controvertido marco de derechos humanos, reconocidos después de desgastantes negociaciones y cuyos resultados han generado controversias sobre su aplicación. El método de someter a la misma normativa situaciones de conflictos desiguales y básicamente diferentes por el contexto, los actores y los factores de cambio, generó instrumentos legales que han servido para una situación y pero que han fracasado en otras. En esa suma de errores se destaca la cuestión indígena, al ser tratada con renovado desacierto.

Inicialmente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948 aparece como el instrumento vertebral de todo el catálogo de Derechos Humanos hasta la fecha. Sin embargo, en su origen esta *Declaración* no tenía fuerza vinculante, sino que sólo valía como norma moral y políticamente obligatoria; por esto, sus principios son aceptados como *jus cogens* y los Estados asumen un compromiso pero no la obligación de aceptar sus preceptos³⁰. Curiosamente, este rico documento no habla de indígenas, aunque los dos principios fundamentales que establece son la "igualdad de los seres humanos" y la "no discriminación". A partir de ellos comenzó entonces una marcha reivindicativa oblicua, que se fue perfeccionando en los documentos sin abordar técnicamente el problema, que aún hoy continúa invisibilizado por los resabios del colonialismo existente.

³⁰ La reforma Constitucional de 1994, al incorporar el art. 75 inc. 22, le ha dado jerarquía constitucional a la Declaración.

En el art. 2.1 este documento dice:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, idioma, sexo, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier otra condición.

No obstante, la omisión expresa de la cuestión indígena aparece reparada ese mismo año, pero también de un modo indirecto —sin mencionar expresamente a los grupos indígenas—, durante la *Convención contra el genocidio* que sí tenía valor jurídico internacional. Allí se prescribe genéricamente: "Cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, ello constituye un delito internacional". Hoy día, se ha avanzado en los alcances de la categoría genocidio, hablándose de "genocidio cultural" o "ctnocidio", que son términos equivalentes y que van asociados a la idea de destrucción o aniquilación de un grupo étnico³¹. Originalmente, la comisión número seis de la ONU, al examinar la noción de "Genocidio", rechazó el aspecto cultural porque no se ajustaba con precisión a los significados del término.

Para completar la protección de los Derechos Humanos en el seno de la ONU se trabajó entonces en dos documentos que sí constituyen instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados signatarios. Se trata de los Pactos Internacionales de 1966: *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; ambos pactos prohibieron la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento.

No obstante ello, el art. 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* tuvo duras objeciones debido a la frágil y temerosa redacción. Su texto original expresaba:

³¹ "Se refiere al intento deliberado de eliminar la cultura o la forma de vida de un pueblo(...). El etnocidio se puede usar también contra las minorías étnicas, a las que se obliga a abandonar sus lenguajes y culturas por el riesgo de que, en caso de no hacerlo, se verán discriminadas". (Cfr. Barfield, Thomas: *Diccionario de Antropología*. México, Siglo XXI Editores, 2000. Pp. 207-208.

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Rodolfo Stavenhagen (ex-Relator Especial de las Naciones Unidas para la situación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas) consideró que el documento adolecía de tres fallas que impedían establecer con claridad el derecho aludido. Una de ellas giraba sobre la pregunta cómo se reconocen estas minorías y quién definirá su existencia y daba ejemplos como el del gobierno turco, que siempre negó la existencia de los kurdos —a los que llama “turcos de la montaña”—, o Francia, que niega tener minorías étnicas. La segunda objeción de Stavenhagen fue que el art. 27 no reconocía derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las “personas que pertenezcan a dichas minorías”, lo que aparece como versión marcadamente individualista de los Derechos Humanos. La tercera es que no se afirman los derechos en forma positiva sino que prescribe: “no se negarán sus derechos”³².

En realidad, no existe mayor diferencia con la técnica aplicada en la Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215) que decía en su art. 40: “A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia”. De la misma forma que las primeras declaraciones de derechos son rudimentarias fórmulas que limitan la autoridad y no conceden derechos autónomos, el art. 27 rescata esta técnica oprobiosa que presenta al poder hegemónico no como constructor de consensos, sino como moroso árbitro de las libertades legítimas. Por otra parte, la categoría “minorías étnicas” no ha sido muy beneficiosa para los grupos indígenas, que rechazaron esa denominación por considerarla ambigua y con significados inestables ya que en algunos países de América Latina los blancos son las minorías, como es el caso de Guatemala, Ecuador y Bolivia.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en su XLVII sesión, celebrada el 8 de diciembre de 1992, la *Declaración sobre los Derechos de las Personas, pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas*, que tiene como antecedente el art. 27 del

³² Cfr. Stavenhagen, Rodolfo: “Derecho Internacional y Derechos Indígenas”. En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2002. Pp. 183.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se mejora la norma al redactarla de una forma positiva.

En la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* se señala que la discriminación es:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color u origen étnico que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otras esfera de la vida pública.

Desde 1985 el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en las Naciones Unidas comenzó la elaboración de un proyecto *sobre Declaración de los Derechos Indígenas*. Recién en 1993 se confeccionó un borrador que fue enviado a la Comisión de Derechos Humanos (actualmente Consejo de Derechos Humanos) y a partir de este esbozo comenzó una discusión sobre los puntos más controvertidos relacionados con la “libre determinación”, el “consentimiento previo”, “los derechos colectivos”, “la jurisdicción indígena” y la forma y reconocimiento de los derechos territoriales. En el año 1995 se creó un Grupo de Trabajo especial para analizar el borrador y redactar un proyecto que sería sometido a la Asamblea General en 2004. Recién en el año 2006, más precisamente el 29 de junio, se pone a consideración del Consejo de Derechos Humanos en Ginebra y se adopta la declaración con 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.

Unos de los países que se abstuvo fue Argentina. Curiosa posición después de haber reformado la Constitución en 1994 y haber hecho el depósito del Convenio 169 de la OIT en el año 2000 en Ginebra. La explicación sucinta fue la falta de tiempo para tratar ciertos artículos de la declaración, como el proceso de libre determinación y la integridad territorial. La posición argentina no resultó convincente y sólo aparece como la continuidad de una política ambigua sobre el tema, como después se explica en los comentarios sobre la reforma constitucional.

El 28 de noviembre de 2006 se presenta el proyecto en la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se adopta una enmienda propuesta por Namibia en nombre del Grupo de los Estados Africanos, por lo que el Comité decide retrasar la resolución. Al año siguiente, en sep-

tiembre de 2007, se aprueba la *Declaración de los Derechos Indígenas en Naciones Unidas*, con 143 votos, 4 en contra y 11 abstenciones.

En la declaración de principios se afirma que: "Los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales". Luego prosigue:

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.

En general, los temas tratados en los 46 artículos se agrupan con mayor extensión en la protección y promoción de la cultura indígena (17 artículos) y en la participación de los pueblos indígenas en todas las decisiones que afecten a sus vidas, incluida la participación en un gobierno democrático (15 artículos). En los demás artículos se tratan principalmente el derecho a la libre determinación, los derechos a las tierras, territorios y recursos, así como el derecho que tienen los pueblos originarios desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo a una reparación justa y equitativa. Además, se prohíbe la discriminación y se establece que en las controversias de los pueblos indígenas con el Estado u otras partes se tengan en cuenta las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados. Se verifica también un avance en cuanto a la autodeterminación, a las reparaciones por la pérdida de los medios de subsistencia y la protección del Estado, pero en cambio se omite la mención de la competencia jurisdiccional. Sin embargo, en el art. 34 se condiciona la conservación y promoción de las costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos, de manera parecida a lo establecido en los art. 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT.

Por último, merece destacarse un reciente documento preparado por diversos expertos para el Foro Permanente para la Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, realizado el 11 de febrero de 2008 y titulado: *Las formas de la educación de los niños indígenas ¿son crímenes de la humanidad?* En él se analiza y demuestra que educar a los niños

indígenas en la lengua dominante tiene consecuencias extremadamente perjudiciales para ellos ya que esta forma de educación, según se estima en sus conclusiones, puede constituir un verdadero "genocidio cultural" que podría evitarse con otras políticas.

c) Documentos de la OIT

El objetivo de la OIT según su Constitución de 1919 era contribuir al establecimiento de una paz universal y duradera, fomentando la justicia social. En 1946 se convierte en la primera agencia especializada de la ONU y pronto su lucha contra la injusticia de los trabajadores asalariados del sector formal de la economía se extiende a otras formas de trabajo, carentes de protección y de organización.

Desde 1923 a 1962 tres comisiones de expertos estudiaron las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores indígenas. A partir de ello, en 1953 la OIT publicó el libro *Pueblos Indígenas: Condiciones de Vida y de Trabajo de las Poblaciones Aborígenes en los Países Independientes*, en el cual se acercó al epicentro del problema, estableciendo las dificultades para definir al indígena e incluirlo en un grupo.

En 1957 apareció el primer Convenio con el número 107 que se llama *Convenio Relativo a la Protección de las Poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*. Este Convenio fue creado desde un enfoque integracionista que vició sus contenidos con presupuestos evolucionistas, bajo la idea de una uniformidad cultural, como un camino falsamente deseable para todas las comunidades, sosteniendo la temporalidad de las sociedades indígenas y tribales.

En 1986, una reunión de expertos de la OIT en la que también participaron expertos indígenas concluyó que era necesario actualizar el Convenio 107 y así fue que entre 1988 y 1989 el Consejo de Administración convocó a una Comisión redactora y luego de varias consultas, en junio de 1989 se adoptó el Convenio 169.

Los conceptos y principios básicos del Convenio giran alrededor de un cambio de las categorías utilizadas, que apunta a sostener un marco legal de respeto y activa participación de las comunidades indígenas. Lo más novedoso, pero al mismo tiempo más problemático por las discusiones que originó su aplicación, fue la categoría "pueblo" que pasó a sustituir a la de "población". En este cambio se introduce una diferencia importante, porque con "pueblo" se modifica la idea de "poblaciones" como mero conglomerado de personas que no comparten una identi-

dad precisa y se encuentran en un estado provisorio de subdesarrollo. El Convenio 107 mencionaba a las "poblaciones" en estado "semitribal" que se hallaban en proceso de perder sus características tribales; "pueblo", en cambio, tiende a representar a sociedades organizadas con cultura e identidad propia, destinadas a perdurar.

El término "pueblo" es usado de muchas maneras y de modo indistinto suele hacer referencia a una comunidad reducida, a un vecindario, a una aldea o la población existente en un continente. Esta vaguedad designativa merece un orden preliminar que establezca el sentido del mismo, aplicado en un contexto normativo. Así, en una interesante distinción Claudia Paz y Paz Bailey apuntan a la letra del Convenio 169 y a los propios textos constitucionales para determinar con precisión los significados acordados al término "pueblo". De allí se define un primer sentido que se orienta a una propuesta jurídico-política para la organización de los Estados, que se adscribe a la idea de contrato social y que instala un modelo político bajo un sistema jurídico. En un segundo sentido alude a una realidad histórica social, que comprende a comunidades que han desarrollado una cultura común, expresada en idioma compartido, religión, indumentaria y forma de vida. En este sentido es utilizada esta palabra en todas las expresiones normativas, tanto en los Acuerdos de Paz, los Acuerdos sobre Identidad y Derechos, las reformas constitucionales y aún en el propio texto del Convenio 169, que en su art. 1 define como indígenas a los pueblos que descenden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización.

Esto permite pensar que son dos los indicadores que acotan y extienden el término "pueblo": el primero es la descendencia en términos biológicos, es decir los pueblos que se auto-perpetuaron biológicamente y cuya principal fuente de cohesión son los vínculos de sangre, y el segundo es el de la cultura común³³. Aunque en realidad es mucho más compleja la asignación de sentidos acordados y condensados en la categoría "pueblo", jurídicamente las fronteras parecen trazarse desde estos aspectos muy elementales, pero suficientes para establecer una distinción que ponga en juego un derecho³⁴.

³³ Véase Paz, Claudia y Paz, Bailey: "Reflexiones acerca de la protección jurídico-penal de los pueblos". En *Justicia penal y comunidades indígenas. Revista latinoamericana de política criminal Pena y Estado* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. Pp. 221-240.

³⁴ La discusión sobre la categoría "pueblo" se amplía en el Capítulo II, en el parágrafo II.2.

No obstante ello, la utilización del término en el Convenio 169 ha sido precedida de una aclaración confusa y claramente cancelatoria, incluida en el art. 1.3, en la cual se prescribe que la denominación de "pueblo" no deberá interpretarse con los alcances que se le confiere en el Derecho Internacional. Igualmente, el cambio de "poblaciones" por "pueblo" se vio distorsionado por interpretaciones que desataron las mayores controversias y discusiones, ya que algunos juristas entrevieron una amenaza al preferir el segundo porque sus significados conducían rápidamente a estimular otros reclamos de derechos como el de autodeterminación y soberanía; sobre todo en países donde el "pueblo indígena" no era minoritario.

Así es que las soluciones intentadas pasan por una reinterpretación de los términos asociados y sus significados y comienza a hablarse de autodeterminación *interna* y *externa*, de autonomía *local* o *general* y de otras formas de ver las consecuencias de estos nuevos derechos³⁵.

d) **Los movimientos indígenas.** Los movimientos indigenistas irrumpieron en el escenario internacional de diferentes maneras. En sus inicios aparecían como un movimiento emergente en contra de la hegemonía cultural y la discriminación a que fueron sometidos los pueblos indígenas durante siglos. Su primera manifestación fue negar el proceso de asimilación e integración reclamando los derechos a la pluralidad étnica y a la de su propia cultura.

Germinalmente, fueron movimientos de protesta, todavía huérfanos de los soportes jurídicos nacionales e internacionales, así como también movimientos de resistencia que inesperadamente encontraron el escenario apropiado en el campo de los Derechos Humanos y decidieron dar batalla política tomando como bandera la reivindicación de la identidad y la cultura, los derechos sobre la tierra y el rechazo de las políticas asimilacionistas. Así, con más organización se convirtieron en un sujeto político que comenzó a buscar el reconocimiento de la alteridad, basado en una racionalidad diferente a la de los engranajes de la modernidad.

Por ello, estos movimientos deberían estudiarse dentro de un contexto histórico ya que en sucesivas etapas se pueden observar cambios importantes; además, a diferencia de otros movimientos sociales aparecen inmersos en una suerte de transnacionalización de las luchas. La localidad de su epicentro es aparente porque enseguida se advierte su

³⁵ También con la opción de "pueblo" se descartó el término "nación", que generaba una mayor oposición por los significados acordados históricamente al asociarla al Estado.

conexión en redes sin fronteras y en la propagación del conflicto hacia otros escenarios políticos. Constituyen una variable que explica el intercambio solidario y activo entre actores que disputan sus derechos en espacios extranacionales.

Los movimientos indigenistas carecían en una primera etapa de herramientas legales específicas y tampoco encontraban eco institucional definido en los organismos internacionales. En una segunda etapa, mediante las "Declaraciones", Resoluciones de organismos internacionales y una incierta pero renovada normativa interna de los países con poblaciones indígenas, la legitimidad del comienzo avanza hacia la legalidad. Luego, y ya en una tercera etapa, los temas planteados se encuentran respaldados por numerosas reformas constitucionales, una ordenada institucionalización y la inclusión del tema como un tópico fundamental de los Derechos Humanos, además del reconocimiento fragmentado pero constante de la jurisprudencia de tribunales internacionales y locales.

Los eventos principales de una primera etapa que deben mencionarse por el contenido de sus pronunciamientos ante el vacío político y legal de la época en la que se manifiestan son: la firma de la Declaración de Barbados en 1971; la reunión del Primer Parlamento Indígena de Sudamérica en 1974; la creación del Consejo Mundial de Pueblos indígenas de Sudamérica en 1975 y la difusión en 1977 de la Declaración de Barbados II sin firmas, ya que asistieron 20 indígenas y 15 antropólogos. Esta vez la redacción fue realizada por los líderes indígenas y contó con la colaboración de antropólogos. Luego, ya en otra etapa, tuvo lugar Barbados III en Río de Janeiro, ya en 1993.

La primera declaración de Barbados en 1971 se titula *Por la liberación del Indígena* y con ella se adelanta un documento ideológicamente comprometido y belicoso ya que se denuncian los crímenes del estado de genocidio y etnocidio sobre las poblaciones indígenas. Asimismo, se aparta de todo paternalismo estatal al afirmar que la liberación deberá ser realizada por los propios pueblos originarios y remarca la responsabilidad del Estado en ese proceso, sobre todo en las garantías que debe prestar a las poblaciones indígenas para vivir según sus costumbres y desarrollar sus culturas. Ante un Estado que no garantiza la propiedad del territorio y la forma de propiedad colectiva, esta declaración indica la necesidad de que las comunidades indígenas establezcan un autogobierno fuera de los esquemas económicos y sociopolíticos dominantes. En este documento aparece el reflejo de una piedra fundacional, aun-

que otros documentos que lo preceden ya van indicando el rumbo de la liberación.

Es importante tener en cuenta como referencias políticas los Congresos, Encuentros, Acuerdos, Cumbres y Foros indigenistas ya que por el calor de sus recomendaciones han sido decisivos como preparación de un debate que se fue convirtiendo en una deuda insoportable para los gobiernos americanos. Sin mucho orden pero con interés ilustrativo sobre la intensidad cronológica, primero inorgánica y finalmente organizada e institucional de los reclamos, y la dinámica de la lucha reivindicativa, se pueden mencionar: Pátzcuaro Michoacán (1940), Cuzco (1949), La Paz (1945), Guatemala (1949), Quito (1964), Pátzcuaro, Michoacán (1968), Brasilia (1972) y Mérida (1980). Cabe aludir también a la Conferencia de UNESCO *Etnocidio y Etnodesarrollo en América Latina*, que reunida en Costa Rica en 1981 definió al *etnodesarrollo* como derecho indígena inalienable³⁶. Asimismo, Santa Fe (1985), San Martín de los Andes (1989) y el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios en Quito, Ecuador (1990).

Otro hecho importante tuvo lugar en 1992 cuando Rigoberta Menchú Tum, líder indígena guatemalteca y defensora de los Derechos Humanos, miembro del grupo Quiché-Maya, fue distinguida con el premio Nobel de la Paz; también cuando en 1992, durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro (Brasil), se incluyó el capítulo 26 sobre *Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades*.

Por otra parte, los Acuerdos de San Andrés sobre *Derechos y Cultura Indígenas* en México (1996) fueron firmados por el Gobierno Federal de México y el

EZLN sobre la base del espíritu Zapatista y se resumen en dos demandas básicas: La tierra es de quien la trabaja y Tierra y Libertad. Asimismo, el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, reali-

³⁶ Con anterioridad, en 1981, en una reunión convocada por la UNESCO y FLACSO, se emitió la declaración de San José sobre el Etnocidio y el Etnodesarrollo, donde se define este último como: "Entendemos por etnodesarrollo la ampliación y consolidación de los ámbitos de cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera sea el nivel que se considere, e implican una organización equitativa y propia del poder". Citado por Slavsky, Leonor en "Grupo étnico, etnicidad y etnodesarrollo" (pág. 173) Cfr. Hidalgo, Cecilia y Tamango, Liliana (comp.): *Etnicidad e identidad*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1992.

zado en Quito (Ecuador) en julio de 1999, se une la lucha con otros sectores populares como los campesinos, los obreros, sectores marginados e intelectuales comprometidos con la misma causa. En otros foros y encuentros se insiste en la liberación y la autodeterminación: el Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de Panamá (1999); la Cumbre Indígena Continental de Teotihuacán, México (2000) y la Cumbre de los Pueblos Indígenas de las Américas, Ottawa, (Canadá, 2001). En esta última se ordenan los principios del movimiento en lo que fue denominado *Derechos Humanos Fundamentales de los Pueblos Indígenas* donde se insiste en el derecho sobre la tierra y los territorios, la libre determinación y autogobierno, respeto de los lugares culturales y ceremoniales, la protección cultural y el respeto de los sistemas jurídicos entre otros. Otros encuentros importantes: la Primera reunión en Naciones Unidas del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2002); el Taller Regional Latinoamericano cultivando diversidad de Sasaima, Colombia (2001); la Cumbre Continental de Pueblos y Organizaciones Indígenas de Argentina (2005); la II Cumbre Continental de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas de Abya Yala, en Guatemala (2007), donde se repiten reclamos pero también se denuncia a los Estados-Nación de América que se han caracterizado por violar instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en detrimento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y se exige la ratificación del Convenio 169 por todos los países de América y del resto del mundo.

El Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas fue creado por el Consejo Económico y Social en su resolución 2000/22 para examinar las cuestiones indígenas en orden al desarrollo económico, social, cultural, del medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos; para asesorar y recomendar al Consejo sobre los programas y fondos de los organismos de Naciones Unidas y para difundir sus actividades. Está integrado por 16 expertos independientes; ocho propuestos por los pueblos indígenas y ocho por los gobiernos. En su segunda sesión el 12 de mayo de 2003 el tema abordado fue: *Los obstáculos que enfrentan las personas Indígenas*. Allí el Relator Especial Rodolfo Stavenhagen analizó sobre el impacto de los proyectos, que ha forzado a los indígenas a moverse a otros lugares, luchando por su supervivencia. En la tercera sesión en mayo de 2004 se trató el tema de las necesidades especiales de las mujeres indígenas, mientras que en las últimas sesiones en 2005 y 2007 se trataron los objetivos del Milenio y

los Pueblos Indígenas y *El cambio climático, la diversidad biocultural y los medios de vida: la custodia de los pueblos indígenas y nuevos retos*.

El movimiento indígena en la Argentina comienza a organizarse con el Gran Parlamento Indígena en 1973; más adelante, en 1975 se crea la Asociación Indígena de la República Argentina. Actualmente existen numerosas asociaciones entre las cuales se destaca la Organización Nacional de los Pueblos Originarios de Argentina, creada en 2003 con el objetivo de nuclear a todas las etnias existentes en el país.

Las luchas indigenistas americanas, tanto en su expresión como movimiento social o como actores y sujetos políticos parecen encontrar un cauce definitivo en un documento que resulta el epílogo normativo del proceso reivindicativo: *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas*, realizada en el año 2007 y en la cual se establecen claramente los principios elementales acerca de las naciones indígenas, instalando los instrumentos necesarios para definir cada uno de los aspectos que hacen a la efectiva realización de los derechos, basados en el respeto, la participación y la continuidad de la cultura.

En nuestro país, antes de la reforma constitucional existía una política indigenista fuertemente influida por el paradigma integracionista, que aún subsistía al momento de la Convención Constituyente, como podrá observarse en el capítulo siguiente. En la actualidad, y luego de que numerosos proyectos fueran archivados sistemáticamente en el Congreso de la Nación, apenas puede destacarse una vaga política asistencialista, carente de programas e indiferente a la pluralidad y respeto por la identidad indígena.

1.4.1. La discusión sobre el valor y jerarquía de los Pactos, Tratados y Convenios internacionales sobre derechos humanos

Existe una antigua discusión doctrinaria sobre el valor de los Pactos, Tratados y Convenios internacionales en relación con la Constitución Nacional y el status normativo de cada uno de ellos. Tratándose de un tema muy importante del Derecho Internacional Público, cabría preguntarse de modo preliminar cuál es el interés de examinar el estado de la controversia.

En realidad, me interesa analizar esta cuestión para contrastarla con el derecho interno, que no ha sido modificado del mismo modo en que se propone en los instrumentos internacionales. Las posiciones divergentes

entre los juristas se instalan en posiciones tan antagónicas que pueden ser avistadas inmediatamente.

Los internacionalistas afirman que una vez que el Estado se ha obligado internacionalmente es indiferente que esté de conformidad con el derecho interno. Por su parte, los constitucionalistas opinan que el derecho interno establecerá el consentimiento definitivo del Estado, teniendo en cuenta el art. 31 de la Constitución Nacional. De conformidad con esta última tesis ningún instrumento internacional puede estar por encima de la Carta Magna.

Al respecto, Bidart Campos rechaza las posiciones que signifiquen cerrar nuestro sistema de derechos y recluirlos herméticamente en la Constitución, enfatizando la obligación de adaptar nuestro derecho interno al derecho internacional³⁷. Este criterio coincide con la doctrina de la Corte Suprema, que en reiterados fallos ha entendido que en caso de conflicto con una norma interna prevalecerá el tratado internacional, basándose en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Convención de Viena, que en nuestro país entró en vigencia el 27 de enero de 1980³⁸, establece una regla de *jus cogens*, esto significa que es imperativa para cualquier estado que forme parte de la comunidad internacional. Sin embargo, la Convención prevé dos alternativas de incumplimiento que se registran en los arts. 27 y 46, cuando el Estado, al prestar consentimiento y obligarse, lo haya hecho en violación de una disposición de derecho interno o que sea de importancia fundamental en su orden normativo. La violación, además, debe ser manifiesta para cualquier Estado.

Con la reforma del '94 la discusión retornó de diferentes maneras, al concederse rango constitucional a una serie de tratados sobre Derechos Humanos. Para algunos, se convirtieron en normas de un rango superior por provenir de un acuerdo internacional; para otros, como Rodolfo Barra, los tratados constitucionalizados son "complementarios" de las

³⁷ Citado en "El Derecho de los Tratados y la Reforma Constitucional" por Sylvia Maureen Williams, en Bidart Campos, G. J. y Sandler, H. R. (coord.): *Estudios sobre la Reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones jurídicas y sociales "Ambrosio L. Gioja"-Depalma, 1995. Pp. 308.

³⁸ En la Argentina la Convención fue aprobada por Ley 19.865 del 2 de octubre de 1972 y ratificada el 5 de diciembre de 1972. El art. 27 fue adoptado por la Conferencia de Viena de 1969 por 73 votos a favor, dos en contra y 24 abstenciones, entre las cuales figuraba la Argentina.

declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución. Así explica:

Desde esta perspectiva, no cabe esperar contradicción entre alguno de estos "nuevos" derechos (para decirlo ligera e impropia-mente) y aquellos "viejos" de la llamada "parte dogmática". Con todo, de presentarse tal supuesto, la respuesta que lógicamente se impone es que, en tal hipótesis, no hay complementariedad o perfeccionamiento de los derechos en cuestión, sino lo contrario, por lo que el "nuevo" derecho no podría aplicarse: los "nuevos" derechos son culminación de los primeros treinta y cinco artículos no su abrogación, por lo que si el intérprete no puede alcanzar un sentido "integrador de las normas en juego, habrá de primar aquella de la parte dogmática...³⁹

Para nuestro interés la discusión no resulta relevante hasta que aparezca una colisión de normas que por ahora no se avista. Resulta suficiente con aceptar que el rango acordado es constitucional y aunque la jurisprudencia y parte importante de la doctrina estimen que los tratados se encuentran en una posición de mayor jerarquía al momento de entrar en conflicto con alguna normativa interna y de la propia constitución, esta situación no se ha verificado y, en todo caso, sí aparece una clara compatibilidad con el resto del sistema normativo.

Pero en cuanto al Convenio 169 de la OIT (Ley 24.071), aprobado en 2002, la cuestión es diferente porque no ha sido mencionado en el art. 75, inc. 22 y su depósito se realizó muchos años después de la Convención Constituyente, no obstante haber sido un documento citado por algunos convencionales. Su valor es de un rango inferior a la Constitución y los demás tratados internacionales y en la actualidad se encuentra en tratamiento en el Congreso un proyecto de ley que le acuerda esa jerarquía. No obstante ello, resulta evidente que al no oponerse al texto de la Constitución Nacional, su aplicación sólo puede ser objetada en cuestiones muy puntuales, como la ausencia de órganos necesarios para su operatividad o procedimientos que recomienda.

Sin embargo, los principios fundamentales del Convenio encajan perfectamente en la fórmula del art. 75, inc. 17 de la C.N. sobre el recono-

³⁹ Cfr. Barra, Rodolfo Carlos: "Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales". En la *Reforma de la Constitución*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994. Pp.187-188.

cimiento de los pueblos indígenas, lo que perfecciona sus disposiciones y más aún por tratarse de un documento internacional que ha seguido todos los pasos para su plena vigencia y consentimiento del Estado obligado, sin hacer reserva de ningún artículo y sin incluir interpretaciones sobre alguna norma.

Finalmente, en cuanto a la compatibilidad con el sistema legal interno, la legitimidad y eficacia se encuentra acordada por la propia Constitución Nacional, a la que el Convenio se adecua y adapta, y en tal sentido rige plenamente lo dispuesto en la Convención de Viena de modo que el Estado Nacional no puede sustraerse a su aplicación. Así es que el Convenio se encuentra vigente y aparecen como operativas sus disposiciones más importantes, aunque en lo relacionado a las pautas señaladas para restablecer la igualdad de los miembros de las comunidades indígenas el instrumento registra todavía cierta invalidez con respecto a otras normas internas que se precisan para perfeccionarlo, pero en materia criminal el marco legal se encuentra instalado básicamente.

La incompatibilidad anunciada en el art. 8, inc. 2 del Convenio 169 es un tema pendiente, teniendo en cuenta que la tolerancia anunciada puede conducir a una interpretación disidente con los fines del Convenio, aunque sustraiga tales conflictos del orden legal estatal, de modo que tampoco lo contradiga. En los casos donde aparezca un conflicto intranormativo se ignora qué procedimientos serán establecidos para resolverlos o qué órganos se encargarán de hacerlo. Esta hipótesis deberá reglamentarse necesariamente.

No sucede lo mismo en los casos que obligan a los jueces encargados de resolver una cuestión que involucre a indígenas a observar sus costumbres, según lo estipula el art. 9.2 y tampoco cuando se le sugiere dar preferencia a las sanciones distintas al encarcelamiento (art. 10.2).

De modo complementario habrá que considerar el art. 35 del Convenio 169, que permite la aplicación de otra normativa, en tanto que resulte más ventajosa que las disposiciones del Convenio. De esta forma, si se observa lo dispuesto en la Constitución Nacional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas, debe hacerse sin ninguna limitación. Esto significa que aparece formulado con una plenitud política y legal mucho más amplia que el Convenio 169, que en su art. 1.3 fija una restricción limitando la interpretación de "pueblo" en relación al derecho internacional.

En razón de lo expuesto, entiendo que la discusión no afecta de ningún modo la aplicación de la normativa que luego mencionaré, excepto en un caso⁴⁰ que analizaré más adelante. Y no la afecta porque los instrumentos reconocidos por el Estado Argentino no contradicen la Constitución ni el ordenamiento interno que debe someterse a la normativa de mayor jerarquía.

Para evitar una discusión que no altera esencialmente al orden positivo, en adelante me referiré a los tratados reconocidos en el inc. 22 como de jerarquía constitucional, según la tesis de que los mismos han sido admitidos como compatibles por la Convención Constituyente, y al Convenio 169 como subconstitucional o de valor supralegal. Así, evitaré la discusión, por no resultar decisiva para lo expuesto y requerir mayores fundamentos sobre los alcances del art. 27 de la Convención de Viena.

1.5. Las reformas constitucionales en Argentina

Este es un proceso que empieza con la reforma constitucional del '94 y luego se extiende hacia las provincias. Como se verá más adelante, la aprobación de la cláusula del inc. 17 en el art. 75 de atribuciones del Congreso crea una incomodidad jurídica en orden a su interpretación. En realidad, la Convención Constituyente tenía un límite originado en el denominado Pacto de Olivos que impedía la modificación de los derechos y libertades tratadas metodológicamente en el Capítulo I de la Carta Magna.

Otra incomodidad se origina con la cláusula incorporada en el art. 75 inc. 22 de la reforma constitucional del '94, que reconoce a las Declaraciones, Pactos y Convenciones una jerarquía constitucional y establece el procedimiento para que otros tratados y convenciones gocen de la misma jerarquía. De ese modo, instala una serie de derechos que aparecen todavía en un escenario dudoso, que requiere precavidos accesos y formas de interpretarlos.

En relación con el propósito de este trabajo, lo más destacado –además de la reforma del '94– es el Convenio 169, aprobado por ley 24.071 y hecho el depósito por el Estado Argentino ante la OIT, que le otorgó jerarquía superior a las leyes⁴¹. En este punto es importante tener en cuenta la interpretación de Sagües, quien sostiene que haciendo jugar la

⁴⁰ Véase la reserva hecho en el Pacto de San José de Costa Rica, sobre las penas vicariantes.

normativa vigente en este Convenio con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en vigor en Argentina, según Ley 19.865) resulta imposible apartarse de la misma, aplicando los principios del *jus cogens*, del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, por tratarse de un tratado sobre Derechos Humanos que no se opone a los derechos naturales de las personas⁴².

Antes de la reforma constitucional de 1994 tres provincias argentinas reforman la constitución y reconocen de modo desigual los postergados derechos indígenas. Así, la Provincia de **Jujuy** (reforma constitucional de 1986) establece en su art. 50: "La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico". Todavía aparece el modelo integracionista y aunque represente un avance la confrontación con el actual texto constitucional y el Convenio 169 le quita operatividad por ser la "integración" una de las formas de exclusión que se busca eliminar de los programas y las políticas indigenistas. Tampoco reconoce la preexistencia étnica de los pueblos originarios, pero no olvidemos que su redacción es anterior al texto constitucional.

Por su parte, la provincia de Río Negro (reforma constitucional de 1991) incorporó en el art. 42 el siguiente texto:

El Estado reconoce el indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de las tierras que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual de su comunidad, y respeta el derecho que les asiste a organizarse.

⁴¹ Argentina depositó la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Ginebra el 3 de julio de 2000, con lo cual dicho Convenio entró en vigor el día 3 de julio de 2001, según el plazo previsto en el art. 38 inc. 2 del propio Convenio.

⁴² Véase Sagües, Néstor: "Los tratados sobre Derechos Humanos y la Reforma Constitucional". En Díaz Robledo, María A. (comp.): *Protección Internacional de Derechos humanos*. Buenos Aires, publicación de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior, 1999. Pp. 29.

Aunque el texto aumenta la protección al perseguir la efectiva incorporación del indígena a la vida regional y nacional, reitera la visión "integracionista" que permanece como parte indisoluble del discurso nacional.

La provincia de *Formosa* (reforma constitucional de 1991) establece en su art. 79:

La Provincia reconoce al aborígen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos por esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de éstos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes.

En la norma aparece con mayor nitidez el propósito reivindicativo de los derechos indígenas, aunque módicamente a partir de una cláusula que subordina todo ese reconocimiento a la compatibilidad con otros derechos, con lo que establece un estatus minusvalorado de la condición indígena.

Luego de la reforma constitucional del '94, las provincias que reforman su constitución van incorporando cláusulas similares a las de la Constitución Nacional.

En 1994 la provincia de *Buenos Aires* reforma su Constitución y establece en el art. 39 inc. 9: "De los indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas, y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan".

Con esta fórmula ambigua se "reivindica la existencia", que de alguna forma resulta una obviedad innecesaria, y en todo caso una denuncia contra las políticas de invisibilidad del indígena, pero se omite mencionar la "preexistencia étnica" y sus significados políticos. Esto representa un retroceso de los derechos acordados y reconocidos por la reforma de

la Constitución Nacional del '94. Se utiliza la denominación de "pueblos indígenas" pero con significados contradictorios, ya que identifican a un grupo étnico actual a la sociedad colonial y no preexistente.

También en 1994 la provincia del Chaco reforma la constitución e incorpora el art.37 que dice:

La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. (Se agregan otras garantías aseguradas por el Estado como la educación bilingüe, el control de los recursos naturales, mejoramiento socio-económico y la creación de un registro de comunidades).

Esta modificación coincide con la reforma nacional y mejora su texto al suprimir el gentilicio "argentinos".

La provincia de **La Pampa**, en su reforma del '94, incluye el art. 6, 2do. párrafo: "La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas". Y aunque la redacción es escueta evita referirse a otros temas, se acomoda a la reforma nacional y al hablar de "pueblos" prescinde del gentilicio "argentinos", mejorando la fórmula nacional.

La provincia de **Neuquén** incorpora en la reforma del '94 el art. 23 inc. d que indica:

Serán mantenidas y aún ampliadas las reservas y concesiones indígenas. Se prestará ayuda técnica y económica a estas agrupaciones, propendiendo a su capacitación y la utilización racional de las tierras concedidas, mejorando las condiciones de vida de sus habitantes y tendiendo a la eliminación progresiva de esta segregación de hecho.

Evita mencionar o repetir la fórmula incluida en la reforma de la Constitución Nacional y mantiene activo el modelo de la integración al admitir la "segregación de hecho" y luego la forma asistencialista y adaptativa en la forma de utilización de las tierras concedidas. De este modo retrocede en sus contenidos.

La Provincia de **Chubut** reforma su Constitución también en 1994, adoptando una fórmula similar a la de Buenos Aires, al indicar en su art. 34:

La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

Se reconocen otros derechos como la posesión y propiedad de la tierra, personería jurídica y la propiedad intelectual de los conocimientos provenientes de sus tradiciones.

Más adelante, en 1998, **Salta** reforma su Constitución e incluye el art. 15 que empieza con el título:

Pueblos indígenas. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce lo personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II, El gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva partici-

pación, consensuar soluciones en lo relativo con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.

Aparece como un impecable y perfeccionado ajuste al texto nacional y de ese modo coloca a la Constitución Provincial dentro de los documentos que se ordenan a la regulación internacional.

En Misiones también se reforma la Constitución Provincial en el año 2003, pero como su sistema de reforma requiere de una ley y un posterior *referéndum* a realizarse en las primeras elecciones legislativas, conforme lo dispone el art. 178 de la Constitución local, ese trámite no fue cumplido. La Cámara de representantes promulgó en 2003 la ley que establecía la modificación del art. 9 de la Constitución Provincial, sujeto a posterior *referéndum*:

La provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural del pueblo indígena Mbya, garantizando el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a ser impartida, preferentemente, por docentes y auxiliares indígenas.

Reconoce y garantiza la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones y, asimismo, el derecho de participación plena, a través de sus representantes, en la gestión de sus recursos naturales; el derecho a usar, mantener, desarrollar y administrar servicios propios de salud y demás intereses que los afecten.

Reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible, prescriptible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asimismo, asegura su patrimonio cultural y propiedad intelectual. Los municipios pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Quizá corresponde realizar sólo una objeción: que el reconocimiento abarcaba solamente a las comunidades Mbya-Guaraní, cuando en el territorio de la Provincia existen otras etnias, aunque inorgánicamente mezcladas a las primeras. Dicha reforma quedó cancelada al no perfeccionarse la norma constitucional que exigía la realización de un

referéndum, que finalmente no fue convocado en las elecciones provinciales.

La reciente reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos en el año 2008, encuentra eco al reconocimiento de los pueblos originarios en su art. 33:

La provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de sus pueblos originarios. Asegura el respeto a su identidad, la recuperación y conservación de su patrimonio y herencia cultural, la personería de sus comunidades y la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan. La ley dispondrá la entrega de otras, aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica en forma gratuita. Serán, indivisibles e intransferibles a terceros. Reconoce a los pueblos originarios el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a sus conocimientos ancestrales y producciones culturales, a participar en la protección, preservación y recuperación de los recursos naturales vinculados a su entorno y subsistencia, a su elevación socio-económica con planes adecuados y al efectivo respeto por sus tradiciones, creencias y formas de vida.

Cabe destacar la fórmula de "entrega inmediata de la tierra" porque acentúa la urgencia reivindicativa con respecto a los territorios, que es el eje más importante de rescate y preservación de la identidad indígena.

1.6. Las Leyes Nacionales y Provinciales

Las leyes dictadas por la Nación y las Provincias no tuvieron mejor fortuna. Casi todas aparecen desactualizadas y se enmarcan en modelos integracionistas. La ley nacional 23.302/85 identifica a los integrantes de las comunidades como personas de Derecho Privado, cuando según la doctrina internacional y los principios incorporados con la reforma deben ser de Derecho Público no estatales. También utiliza el concepto jurídico de "ser otorgada" contrariando el principio constitucional de "ser reconocida" del texto de la Constitución Nacional; además, ignora otros procedimientos necesarios para ejecutar una política eficaz y no meramente declarativa.

En el orden nacional se pueden mencionar más específicamente la Ley 24.071, ratificatoria del Convenio 169 de la OIT; la Ley 24.375/94, ratificatoria del Convenio sobre la Diversidad Biológica; la Ley 24.544/95, Aprobación del Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe; la Ley 24.956/98, de Censo Aborígen; la Ley 25.607/02, de difusión de los derechos de los pueblos indígenas; y la Ley 25.799/03, de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. En esta última se modifica el Cap. VIII de la ley 23.302, referido a los Planes de Vivienda. Existen además numerosos decretos y resoluciones que van estableciendo el marco legal y operativo de los Derechos Indígenas.

La Ley Provincial de **Salta** nro. 6.373 de 1986 crea programas y otorga protecciones, pero dentro de una visión integracionista que declara inicialmente en su art. 1: "Esta ley tiene como objetivos. a) promover el desarrollo pleno del aborígen y de sus comunidades fomentando su integración en la vida provincial y nacional...".

La Ley 3.657 de **Chubut**, de 1991, dice en su artículo 4 que: "El Estado reconoce la existencia legal de las comunidades aborígenes y les otorgará personería jurídica conforme las disposiciones vigentes". En ella se confunden algunos principios elementales de los Derechos indígenas y de la naturaleza de las comunidades.

En la provincia de **Mendoza** se dicta la Ley 5.754, que adhiere a la Ley Nacional 23.302 en 1991. En el año 1992 la provincia de **Buenos Aires** adhiere a la Ley Nacional 23.302.

Pero la Ley nro. 11.078 de 1994 en **Santa Fe**, es aún más categórica en su exclusión al señalar en su art. 7: "El Estado reconoce la existencia de las Comunidades Aborígenes como simples asociaciones civiles, a las que otorgará la personería jurídica...". En el art.1 propicia su efectiva inserción social⁴³, aunque avanza con mucha claridad cuando señala que para regular su convivencia las comunidades podrán aplicar sus normas consuetudinarias a todo aquello que no sea contrario al orden público (art. 5). Así, en el art. 6 prescribe:

En los procesos en que sean parte los aborígenes, los jueces procurarán tener en cuenta sus usos y costumbres. Al efecto podrán

⁴³ Siguiendo esa política el actual gobierno encabezado por el gobernador Hermes Biner estableció la devolución de las tierras al pueblo Mocoví.

solicitar información al órgano de aplicación de la presente Ley pudiendo éste hacerlo de manera escrita o verbal.

También se han sancionado en algunas provincias leyes ómnibus que tratan de acordar un humanismo urgente, pero desordenado y aplicado a diversas situaciones bajo la forma de convenios o campañas. **La Pampa**, por ejemplo, sanciona la Ley 1.610 de 1995, que se titula "Ministerio del Interior-Convenio, cooperación-campaña hacia una sociedad con todos-discapacitados-integración del discapacitado-desastres ecológicos-atentados contra la comunidad-colectividades extranjeras-zona de frontera-indígenas-veteranos de guerra".

El orden no parece ser una preocupación metodológica ni mucho menos revela el propósito de adecuar el reconocimiento de los derechos a la reforma Constitucional y a los Convenios internacionales⁴⁴, a pesar de que en 1990 con la Ley 1.228 había adherido a la Ley Nacional 23.302.

Mejor redacción se nota en la Ley 426 de la provincia del **Chaco**, denominada Ley Integral del Aborígen. La misma fue sancionada en 1984 y no obstante ello contiene disposiciones que se acomodan al nuevo panorama de derechos indígenas. En su art. 2 indica que el derecho a la autodeterminación no obstará a que adopten formas de organización establecidas en las leyes vigentes. Completa esta hipótesis en su art. 3:

En ningún caso se permitirá el uso de la fuerza y la coerción como medio de promover la integración de las comunidades aborígenes, ni de medidas tendientes a una asimilación que no contemple los sentimientos e intereses de los mismos aborígenes.

⁴⁴ Al comentar las reformas de la Constitución de Colombia donde se incluían a los pueblos indígenas con una redacción excesivamente amplia, decía Triana Adolfo: "En concreto, ¿a cuáles grupos étnicos y culturales se refiere la nueva carta constitucional? A los árabes, a los judíos afiliados al Sionismo, a los miembros de otras nacionalidades, a los chinos o japoneses?...". y luego continuaba, que de la lectura aparecían tres conjuntos rurales diferenciados: los grupos negros del Pacífico, los raizales de San Andrés y los llamados "pueblos indígenas", pero que "Estos tres conjuntos comparten, junto con las mujeres, los niños, los inválidos y las minorías religiosas, expresiones de reconocimiento y protección especiales en el nuevo texto constitucional". La confusión y la excesiva amplitud de un derecho específico torna confusa su aplicación y eficacia. ("Constitución Geopolítica y Pueblos indígenas". En *Derecho, Pueblos indígenas y reforma del Estado*. Ecuador, Biblioteca Abya-Yala. 1993. Pp. 154-155.

Seguidamente, admite expresamente la aplicación de su derecho consuetudinario en tanto no sea incompatible con los principios de orden público.

En Misiones, la Ley 2.727 de 1989 establece algunos derechos y crea la Dirección de Asuntos Guaraníes; se deroga la Ley 2.435 de 1986, que había sido la herramienta legal más importante existente a nivel provincial. Su texto es compatible actualmente con casi todos los principios sancionados por Naciones Unidas.

Por su parte, la provincia de Catamarca dicta en 2004 la Ley 5.138, con la que adhiere a la Ley Nacional 23.302.

Como se observa, la legislación nacional y provincial, lejos de ser uniforme, presenta formas erráticas y confusas. Tampoco hace coincidir su redacción con la propia Constitución Provincial o Nacional, lo que revela una incoordinación de las políticas implementadas, una improvisada metodología y fallas que aparecen como mecanismos sincréticos donde se mezclan modelos de integración, asimilación o proteccionismo.

Menos aún se ha avanzado en la reforma de los Códigos de Procedimientos en materia criminal, donde aparecen normas de dudosa aplicabilidad si se las confronta a la normativa internacional con jerarquía constitucional o supralegal, como se verá más adelante. Así, entre las falencias que se advierten rápidamente en los Códigos procesales, figuran la ausencia de interés por incorporar las formas legales sobre los derechos colectivos, que exige una mayor tutela judicial; el carácter de idioma promovido de las lenguas indígenas que les concede un mayor status al momento de su actuación judicial y en la intervención de intérpretes; los allanamientos en territorios colectivos que también se encuentra ausente en las prácticas rituales y se ignora bajo qué condiciones puede realizarse sin afectar la protección del derecho colectivo ya instalado por el Convenio 169 con carácter obligatorio. Estas cuestiones pendientes constituyen deficiencias que deben ser reparadas por el legislador para facilitar la tarea del juez.

En una escala menor, otro de los problemas legales que se avecinan es el tratamiento desigual, según el avance legislativo en cada provincia y la autonomía procesal de dictar los propios Códigos procesales, con el que pueden alterar y modificar los alcances del Código Penal, en consonancia con lo dispuesto en la normativa internacional. Este tema será tratado en el capítulo IV.

II

Los derechos indígenas en la Convención Constituyente de 1994

II.1. Estrategias, desacuerdos e ideologías en la elaboración del texto nuevo

Los Derechos indígenas aparecieron en el escenario de la reforma constitucional de 1994 como una cuestión apremiante, postergada en otras instancias, invisibilizada por políticas que propendieron a la asimilación de los indígenas sobrevivientes o que fueron aplazando el problema, encubierto por un asistencialismo que se definía como más urgente y al que apuntaban las políticas sociales y las estrategias del Gobierno. También debe anotarse que la cuestión aparecía asimétricamente tratada entre las provincias con habitantes indígenas y el Estado Nacional.

Las provincias se encontraban atadas a un orden normativo que, dada su exclusividad originada en un poder no delegado del Estado Federal, impedía la sanción de leyes fuera del marco nacional. Esta situación condujo a algunas provincias a legislar con improvisaciones locales, sobre todo en aquéllas donde el indígena se asomaba al horizonte social como un movimiento insurgente, capaz de desatar conflictos por el control de tierras, recursos o a causa de la desprotección de su comunidad. Dichos movimientos, aunque ponían en juego una controlada beligerancia, se expandían hacia el exterior, repercutiendo en diversos organismos internacionales de defensa de los derechos humanos. A raíz de esto hubo iniciativas provinciales que se adelantaron a la reforma constitucional y se atrevieron a sancionar normas protectivas que avanzaron hacia tópicos sobre los cuales originariamente no tenían competencia.¹

¹ La Ley 2.435 de Misiones fue una de ellas, donde se incorporaron hasta normas de procedimientos judiciales. Fue derogada en 1989, sin discusión alguna, y reemplazada por la Ley 2.727. Sobre la misma comentan Seró-Kowalski: "La nueva ley sancionada constituía una verdadera regresión histórica en la relación del Estado provincial con los "dueños originales de este territorio", por haber sido elaborada -desde algún sillón tenuemente iluminado de Casa de Gobierno- ignorando a sus futuros beneficiarios y, lo que es peor, a sabiendas de que iba en contra de sus reiteradas demandas" (Cfr. Seró, Liliana y Kowalski, Alejandro: "Cuando los cuerpos guaraníes se irguieron sobre el papel". En *Después de la piel. 500 años de*