

DEHUIDELA REVISTA DE DERECHOS HUMANOS

Volumen 18 • Año 9 • Julio - Diciembre 2008 • Revista de Derechos Humanos del IDELA





LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA. ¿UNA REALIDAD TANGIBLE O UN RECONOCIMIENTO FORMAL?

FERNANDO QUIROGA*

RESUMEN

Argentina es uno de los países de América Latina con menor población indígena, y ello se debe a una deliberada política de exterminio con un claro cariz etnocéntrico. Los datos oficiales de 2001 indican que la población indígena en Argentina es del 2.8 % de la población total. La mayor concentración se da alrededor de las grandes ciudades, en virtud de que familias y comunidades enteras se ven obligadas a emigrar de sus lugares de origen debido a la usurpación de sus tierras y a las pésimas condiciones socioeconómicas. Es común observar en el seno de las comunidades indígenas desnutrición, muertes por enfermedades evitables, trabajo esclavo, desocupación, falta de acceso a la educación, marginación y discriminación.

Sin embargo, el Estado argentino garantiza sus derechos a través de leyes específicas. La propia Constitución Nacional reconoce su preexistencia étnica y cultural, y consagra el derecho a las tierras, a la educación intercultural y bilingüe, al uso de la medicina tradicional, a la participación en la gestión de los recursos naturales, y a la personería jurídica de las comunidades. Argentina ratificó además el Convenio 169 de la OIT, y ha aprobado asimismo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

* Abogado argentino. Miembro del equipo jurídico de la Organización de Naciones y Pueblos Indígenas en Argentina (ONPIA).

Resulta evidente la brecha entre lo establecido en las normas y lo que acontece en la realidad, su grado de vigencia sociológica. Es preciso indagar si dichas normas han generado políticas públicas, y en todo caso, analizar su contenido, sus avances, sus retrocesos, y los asuntos aún pendientes.

Palabras claves: Pueblos indígenas, derechos humanos, Estado, interculturalidad.

Abstract

Argentina is one of the countries of Latin America with minor indigenous population due to a deliberate policy of extermination with a clear ethnocentric appearance. Official information from 2001 indicates that the indigenous population in Argentina is 2.8% of the total population. The highest concentration is located around the big cities, due to the fact that entire families and communities were forced to emigrate from their places of origin because of the usurpation of their lands and the terrible socioeconomic conditions. It is very common to find malnutrition, death due to unattended sickness, slavery, unemployment, lack of access to education, marginalization and discrimination in the middle of the communities.

However, the State of Argentina guarantees their rights through specific laws. Even the national constitution recognizes their cultural and ethnical pre-existence and establishes their right to their lands, to an intercultural and bilingual education, to the use of

traditional medicine, to take part in the management of natural resources and to the legal representation of their communities. Argentina also ratified the 169 convention of the OIT and has approved the declaration of rights of the indigenous peoples of the UN as well.

The branch between the established norms and the actual facts is very obvious; it's level of sociological force. It is necessary to enquire if such norms have generated public policies and if so analyze their content, their progress and their regressions and their pending matters.

Keywords: Indigenous peoples, human rights, State, interculturality.

INTRODUCCIÓN

Argentina es uno de países de América Latina con menor porcentaje de población indígena, si tenemos en cuenta que en países como Bolivia, Ecuador o Guatemala dichas poblaciones superan el 60%. Según el Censo Nacional 2001¹, el 2,8% de la población total del país es indígena, lo que equivale a más de un millón de personas que se autoidentifican como pertenecientes a los pueblos Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Comechingón, Diaguita, Diaguita-chalchaquí, Guaraní, Ava-guaraní, Tupí-guaraní, Mbya-guaraní, Huarpe, Kolla, Mapuche, Mocoví, Ona, Pilagá, Rankulche, Tapiete, Tehuelche, Toba y Wichí. Las organizaciones indígenas, sin embargo, afirman que la población es bastante más numerosa y que también existen otros pueblos como Quechua, Atacameño, Omahuaca y Tapiete (Cuyul y Davinson, 2007: 21).

La gran reducción de la población indígena no obedece tan solo a los hechos ocurridos durante la etapa colonial, sino que es el resultado de un proyecto de país bien definido hacia finales del siglo XIX, que encandilado por la Francia ilustrada, promovía la inmigración europea como factor de civilización, despreciando a las poblaciones autóctonas que, desde esta perspectiva, representaban la *barbarie*. Este desdén llegó al paroxismo con la ley 947 de 1878, por la que se aprobó la denominada “campana del desierto”, que tuvo como objetivo el sometimiento de los pueblos indígenas y la conquista de sus territorios. Estos ataques, sumados a las campañas del Neuquén de 1879, a las de Chaco de 1884 y 1911, y a los episodios de Napalpi en 1924 y El Zapallar 1933 (también en la provincia del Chaco), entre otros he-

¹ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

chos nefastos, formaron parte de una política sistemática de exterminio de dichos pueblos.

Para la clase política e intelectual de la Argentina del siglo XIX, el modelo de progreso y civilización lo constituían Francia, Inglaterra, y en especial Estados Unidos, que se presentaba como un Estado nuevo, con un gran desarrollo de la industria y del comercio, y sobre todo con instituciones públicas transparentes.

El futuro estaba representado entonces por Europa y Estados Unidos, mientras que el pasado debía ser la América española e indígena.

Según Savampa (1994: 34), el pensamiento latinoamericano del siglo XIX estaba inmerso en la tensión que representaba, por un lado, la urgencia del progreso, y para ello, la exigencia de importar ciertas tradiciones; y por el otro, la necesidad de construir la nación con y desde los elementos que proporcionaba la propia realidad latinoamericana.

En la Constitución Argentina de 1853 se pone claramente de manifiesto esa imperiosa necesidad de importar “civilización” y al mismo tiempo eliminar la “barbarie”. Así el art. 25, vigente todavía, establece:

El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Ya el Preámbulo señala que el objeto de la Carta Magna es:

...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...

Esto es lo que lleva a la autora citada a afirmar que para los constituyentes de 1853 el país estaba vacío, desierto (a pesar de estar poblado por indígenas y mestizos) y que la Constitución no fue dictada para ese país real, sino para los esperados inmigrantes europeos (Svampa, 1994: 40-41).

Por su parte, el ya derogado art. 67 inciso 15 establecía que le correspondía al Congreso “Proveer la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y procurar la conversión de ellos al catolicismo”. Este artículo fue suprimido por la reforma constitucional de 1949, reestablecido por la reforma de 1957 y derogado finalmente por la Convención Constituyente de 1994.

La actual Constitución Argentina, caracterizada por muchos autores como una expresión del nuevo constitucionalismo multicultural, contiene cláusulas específicas que consagran los derechos de los pueblos indígenas. A su vez, el Estado argentino ha ratificado normas internacionales que lo obligan a una acción positiva en favor de dichos pueblos; y cuenta, además, con varias normas internas sobre la materia.

En el presente trabajo intentamos presentar un panorama acerca de la situación de los pueblos indígenas en Argentina, desde una perspectiva jurídica e institucional.

En primer lugar, analizaremos la incorporación del art. 75 inciso 17 a la Constitución Argentina, su ubicación en la carta magna, la fórmula utilizada por el constituyente para su redacción y su interpretación. Luego estudiaremos el contenido preciso de dicho artículo, los derechos que consagra y su integración con otras normas nacionales e internacionales. Seguidamente, daremos cuenta de la existencia de leyes secundarias, decretos y resoluciones que procuran operativizar los derechos consagrados en las normas superiores. Finalmente, centraremos nuestra atención en el diseño y ejecución de políticas públicas por parte del Estado argentino tendientes a garantizar a los pueblos indígenas el efectivo disfrute de sus derechos, es decir, analizaremos el grado de vigencia sociológica de dichas normas.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA VIGENTE

Justificación e interpretación del artículo 75 inciso 17

Desde 1994 los derechos de los pueblos indígenas están consagrados en lo más alto de la pirámide jurídica del ordenamiento legal argentino. En efecto, a partir de la reforma de 1994, la Constitución Argentina establece en su artículo 75 inciso 17 que le corresponde al Congreso:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Si bien la fórmula de la redacción es perfectible, debe reconocerse que está bastante en consonancia con los estándares internacionales sobre la materia y que sin dudas implica un cambio de paradigma por parte del Estado argentino en cuanto al tratamiento de la cuestión indígena. Debe recordarse que antes de la reforma, la Constitución vigente establecía en su artículo 67 inciso 15, “...conservar el trato pacífico con los indios y procurar la conversión de ellos al catolicismo”.

En realidad la reforma de 1994 modernizó sustancialmente la carta magna argentina principalmente en el terreno de los derechos y en cuanto a sus mecanismos de protección, puesto que además de los derechos de los pueblos indígenas, incorporó otros derechos tales como: el derecho de resistencia contra actos de fuerza contra el orden institucional y el régimen democrático (art. 36), derechos políticos (arts. 37, 38, 39, 40), derecho a la preservación del medio ambiente, del patrimonio natural y cultural, y de la diversidad biológica (art. 41); derechos de consumidores y usuarios (art. 42), derecho a la identidad y pluralidad cultural (art. 75 inc. 19), la protección especial de niños, mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23); la igualdad real de trato y oportunidades (art. 75 inc. 23). Pero además estableció que determinados tratados internacionales sobre derechos humanos tuvieran jerarquía constitucional, así el inciso 22 del artículo 75 determina:

...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Interna-

cional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...

Como se observa, la reforma de 1994 incluyó valores, principios y derechos, tanto en la parte *dogmática* de la Constitución (declaraciones, derechos y garantías), como en la parte *orgánica* –destinada a definir la organización del poder– particularmente en la enumeración de las atribuciones del Congreso (art. 75).

Debido a esto y a la fórmula empleada por el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Argentina: “Corresponde al Congreso...”, hay quienes sostienen que dicha norma simplemente confiere al órgano legislativo la facultad de reconocer lo que allí se establece y que no implicaría la consagración constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; de haberlo querido así, el constituyente los hubiera agregado en la parte *dogmática*, junto al resto de los derechos constitucionalmente reconocidos, en el Capítulo II “Nuevos Derechos y Garantías”, incluido también en la reforma de 1994.

Algunos autores, como Dalmazzo, afirman que dicha cláusula es innecesaria y que el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas no les confiere privilegio alguno respecto del resto de los habitantes del país (Dalmazzo, 1998: 593). En el mismo sentido, Ekmekdjian (1997: 531-532) expresa que es una obviedad el reconocimiento de la preexistencia, y que al tratarse simplemente de una frase con pretensión reparatoria, resultaría impropia de un texto constitucional. Agrega este autor que el inciso 17 del art. 75 es, en su mayoría, una cláusula meramente declarativa, y no operativa, salvo cuando determina que las tierras no serán enajenables, transmisibles, ni susceptible de gravámenes o embargos.

No faltan quienes afirman que la cláusula constitucional analizada resulta violatoria del art. 16 de la Constitución Argentina². En ese sentido, Gonzalo y Fernando Segovia³ sostienen que el art. 75 inciso 17 vendría a consagrar prerrogativas de sangre y nacimiento a quienes pertenecen a un pueblo indígena. Los mismos autores prosiguen con el análisis de la norma, afirmando que esta establece privilegios en favor de los indígenas y no derechos, lo que evidentemente generaría desigualdad, y que lo dispuesto sobre la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, implicaría una prohibición de la propiedad privada. En sentido análogo, Dalmazzo (1998: 594) entiende que al establecer que las tierras no pueden enajenarse ni transmitirse, se estaría violando el art. 14 (“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de usar y disponer de su propiedad...”), y el art. 17 (“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”) de la Constitución Argentina.

A su turno, en relación con la supuesta violación del derecho a la igualdad consagrado por el art. 16, Bidart (1996: 1205, 1207), señala que la igualdad consiste en tratar de manera igual a quienes se hallan en igualdad de situación, y de manera diferente a quienes se encuentran en situaciones también distintas. Agrega que el derecho a la igualdad está integrado por el derecho a la diferencia y el derecho a la identidad, y sostiene que sería sumamente desigualitario desconocer o no respetar las diferentes identidades, incluyendo las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento. Al referirse a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan, contrariamente a lo que opinan otros autores, sostiene que el inciso 17 del art. 75 debe interpretarse a la luz de lo que determinan los arts. 14 y 17, de lo que surge que la propiedad comunitaria no excluye a la propiedad privada.

Coincidimos con Bidart en cuanto a la necesidad de armonizar el contenido del inciso 17 del art. 75 con el resto de las normas de la Constitución. No es posible interpretar una norma de manera aislada, ni otorgarle supremacía jerárquica

- 2 Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.
- 3 Citados por Ekmekdjian, M. (1999) en Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina. Buenos Aires: Depalma.

con respecto a otra. Al momento de interpretar una norma constitucional es preciso comprender que la Constitución es una unidad compuesta de varias normas, que obliga a interrelacionar unas con otras (Bidart, 1996:319). Es decir que debe realizarse una interpretación sistemática de la Constitución y junto a la letra de la norma, se debe indagar en la voluntad real o histórica del constituyente.

La ley 24.309 de 1993, declara la necesidad de la reforma de la Constitución por parte de la Convención Constituyente, y por el art. 3 inciso LL) faculta a la misma para debatir y resolver (por reforma al artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional) la adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Se observa claramente que el espíritu de la reforma constitucional de 1994 fue dar un giro rotundo en relación al tratamiento que ha tenido históricamente la cuestión indígena en Argentina, eliminando el contenido del ex art. 67 inciso 15 de la Constitución de 1853 –al que ya hemos hecho referencia- y proponiendo un nuevo paradigma, consagrando los derechos de los pueblos indígenas en el vértice más alto de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico argentino. Eso es lo que surge también de los debates librados en el seno de la Comisión de Derechos y Garantías de la Convención Constituyente, facilitados en gran medida por el incansable *lobby* de los representantes indígenas, fortalecidos acaso por las consecuencias de la conmemoración del 5° Centenario de la llegada europea a América, la decisión de las Naciones Unidas de declarar a 1993 como el año de las poblaciones indígenas y de establecer el 1° Decenio de las Poblaciones Indígenas, la preparación del Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la aprobación del Convenio 169 de la OIT por parte de Argentina en 1992, y la acción en general del movimiento indígena a escala continental y mundial.

Asimismo, el contenido del inciso 17 del art. 75 debe interpretarse a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que el inciso 22 del art. 75 otorga jerarquía constitucional, y que, en los términos de Bidart Campos, conforman el *bloque de constitucionalidad* (Bidart, 1996: 276). Pero también debe tenerse en cuenta que el sistema de derechos en Argentina está integrado por todos los tratados internacionales que contengan derechos (aunque no tengan jerarquía constitucional), en tanto generan responsabilidad para el Estado, y porque además el propio art. 75 inciso 22 los hace prevalecer sobre las leyes.

Contenido y alcance del artículo 75 inciso 17

Partiendo del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, el art. 75 inciso 17, reconoce una serie de derechos que deben integrarse con los consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A nuestro juicio, todos los derechos de los pueblos indígenas que les son reconocidos precisamente por revestir tal carácter, emanan de un derecho en particular, el derecho a la identidad cultural. Es a causa de ser portadores de rasgos culturales, religiosos, lingüísticos, políticos, geográficos e históricos propios, que son titulares de derechos particulares. No coincidimos con los autores que sostienen que los derechos que se les reconocen a los pueblos indígenas obedecen al principio de discriminación positiva o inversa, y que el tratamiento que le da el art. 75 inciso 17 es el mismo que aquel que garantiza los derechos de las personas con discapacidad o los de los adultos mayores. No surge de la situación de vulnerabilidad social y económica que padecen los pueblos indígenas que éstos sean titulares del derecho a la tierra, a los recursos naturales, a la participación en las decisiones respecto de los asuntos que los afectan, a la educación intercultural y bilingüe, a mantener su estilo de vida, su lengua, sus pautas, sus normas, sus tradiciones, en fin, su cosmovisión. Tales derechos les pertenecen por el solo hecho de ser pueblos indígenas y ser portadores de una identidad étnica particular.

La tierra, por ejemplo, es para los pueblos indígenas un elemento consustancial de su existencia, de su esencia, y es constitutiva de su identidad cultural. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

...la estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con las tierras debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁴

⁴ Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia del 31 de agosto de 2001.

A este respecto es importante señalar que tanto la norma constitucional como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) hablan de *pueblos*⁵, a diferencia del Convenio 107 que hablaba de *poblaciones*, produciendo un cambio sustancial puesto que el primer concepto alude a un sentido de pertenencia, a una identidad propia; mientras que el segundo hace referencia a una mera agrupación de personas.

A su vez, existen otros instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes para los Estados, que hacen mención a la identidad cultural. La Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1960), haciendo referencia al derecho a la libre determinación de los pueblos, afirma que es en virtud de este derecho, que determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sancionado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, señala que 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.

A su turno, la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional⁶, establece en su artículo 1:

1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.
2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura.
3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad.

5 No obstante el art. 1 inciso 3 del Convenio 169 establece que "La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional", haciendo referencia especialmente al derecho de autodeterminación de los pueblos, contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

6 Proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 14ª reunión, celebrada el 4 de noviembre de 1966.

Por su lado, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural de 2001 afirma, en sus considerandos:

La cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

En su artículo 4 establece:

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos.

A su turno, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, determina en su artículo 2, apartado 3:

La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.

Por supuesto que la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagra en su letra y en su espíritu el derecho a la identidad cultural de aquellos pueblos. Dicha Declaración marca un hito trascendental en el derecho internacional, puesto que constituye un instrumento en el que están contenidas casi la totalidad de las demandas y reivindicaciones de los pueblos indígenas. Luego de décadas de discusión y gracias al esforzado trabajo de los delegados indígenas, se consiguió que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobara el texto de la Declaración para que luego la Asamblea General haga lo propio. Aunque el texto definitivo sufrió algunas modificaciones, admitimos que la Declaración constituye un gran logro en sí misma y que resulta una herramienta de gran utilidad para el desarrollo del trabajo hermenéutico, a pesar de no ser un instrumento vinculante para los Estados.

Pero en lo que se refiere a instrumentos específicos y jurídicamente vinculantes para los Estados, el Convenio 169 de la OIT⁷ ha consagrado también el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en varias partes de su articulado, como por ejemplo en el artículo 1. 2, “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”; en el artículo 2. 1, cuando obliga a los gobiernos a tomar medidas para garantizar a los pueblos indígenas el respeto a su integridad; o en el artículo 5 cuando establece que al aplicarse las disposiciones del Convenio: “a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos...”, “b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.

La Constitución Argentina reconoce el derecho a la identidad cultural por medio del art. 75 inciso 17, “...garantizar el respeto a su identidad...” e inciso 19, “...dictar leyes que protejan la identidad y la pluralidad cultural...”

Dicha cláusula constitucional garantiza también el derecho a la educación intercultural y bilingüe, lo que debe complementarse con el inciso 19 del art. 75 que consagra la gratuidad y equidad de la educación pública estatal. En el mismo sentido el Convenio 169 de la OIT dedica la Parte VI a lo concerniente a educación y medios de comunicación, y establece en el art. 26 una cláusula de no discriminación del siguiente tenor: “Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional”. Sobre este punto el Comité de expertos de la OIT ha manifestado que el menor nivel de educación en las comunidades indígenas y las restricciones al acceso y oportunidades impuestas por las condiciones socioeconómicas en que viven, resultan violatorios del Convenio 169⁸.

A su vez, el propio inciso 17 del art. 75 reconoce la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. Resulta claro que se trata del reconocimiento de un derecho que es previo a la Cons-

titución Argentina, y que es consecuente con el reconocimiento de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” que hace la propia norma. Esto debe complementarse con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, que utiliza la misma fórmula en el art. 14. El art. 13 extiende el concepto de tierras, estableciendo que este “...deberá incluir la noción de *territorios*, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.” También el Convenio determina la protección de las tierras de los pueblos indígenas contra toda intrusión no autorizada por parte de terceros (art. 18); y en el art. 16 prohíbe los traslados de las comunidades indígenas de las tierras que ocupan, salvo en situaciones especiales y con el consentimiento libre, previo e informado de tales comunidades. Tanto la Constitución Argentina como el Convenio 169 regulan la entrega de otras tierras con la diferencia de que la fórmula de la cláusula constitucional parecería obedecer al principio de discriminación positiva, que estaría fundamentado en la situación desventajosa en la que se encuentran los pueblos indígenas; mientras que el art. 19 del Convenio 169 habla de “...garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población...”, lo que responde a procurar un trato igualitario (principio de no discriminación).

Con respecto a los recursos naturales, el artículo 75 inciso 17 establece: “...asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales...” El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT es un poco más preciso al señalar que el derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, comprende el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Es sobre este punto y sobre la prohibición de los traslados de las comunidades indígenas que el término tierras incluye el concepto de *territorio*. Sostienen las organizaciones indígenas que el tema de los recursos naturales se halla vinculado con lo dispuesto por el art. 8J) del Convenio sobre Diversidad Biológica⁹ que establece como prioridad la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. El Convenio ha servido como instrumento de resguardo de las comunidades indígenas a partir de la interdependencia indígena con los recursos naturales, por lo que este reconoce que las comunidades indígenas son parte y dependen de la diversidad biológica y que tienen un

7 Argentina ratificó el Convenio en 1992 mediante ley 24.071, pero realizó el depósito en las oficinas de la OIT en Ginebra recién en 2000.

8 Análisis comparativo de la Comisión de Expertos e la OIT sobre el cumplimiento del Convenio 169 por Colombia, informe de 1994.

9 Ratificado por Argentina en 1994, por ley 24.375

rol importante en la conservación de los recursos naturales en el planeta (Cuyul Soto y Davinson, 2007: 24).

El art. 75 inciso 17 reconoce también el derecho a la personería jurídica de las comunidades indígenas, lo que está vinculado al derecho a la autogestión. Resulta clara la norma en cuanto al reconocimiento del derecho a la participación, cuando determina “asegurar su participación en la gestión referida a [...] los demás intereses que los afectan”. Los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Convenio 169 contienen cláusulas que consagran de manera contundente el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones políticas respecto de los asuntos que les conciernen.

A esta altura de la exposición huelga reafirmar que los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Estado argentino son los que surgen de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que desde 1994 gozan de jerarquía constitucional, y de los tratados internacionales, que por imperio de la propia Constitución, tienen jerarquía superior a las leyes nacionales; tal es el caso del Convenio 169 de la OIT. Todas las normas que de allí surgen, deben ser armonizadas, e interpretarse de manera complementaria, puesto que conforman un bloque supralegal que debe informar el desarrollo de la legislación secundaria y obliga al Estado argentino, no solo a respetar los derechos de los pueblos indígenas allí consagrados, sino también a una acción positiva, a la adopción de medidas, programas y acciones que efectivicen tales derechos. Veamos si dichas normas tienen correlato en la legislación secundaria y si han generado la implementación de políticas públicas adecuadas.

VIGENCIA MATERIAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Estado argentino cuenta con varias leyes nacionales, decretos y otras normas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas; también existen constituciones y leyes provinciales que receptan tales derechos, a las que no haremos referencia en este trabajo.

Tal vez la más importante sea la ley 23.302 que declara de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso so-

cioeconómico y cultural de la nación. Establece un régimen integral en lo referente a los derechos de los pueblos indígenas, pero evidencia un cariz asistencialista y paternalista que no se corresponde con el nuevo paradigma adoptado por la Constitución Argentina. Y es que esta ley fue sancionada en 1985, antes de la reforma constitucional y antes incluso de la existencia del Convenio 169 de la OIT.

En su art. 2 reconoce el derecho a la personería jurídica de las comunidades indígenas y crea el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI). Define a las comunidades indígenas como conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización.

El Decreto 155/89, reglamentario de la ley 23.302, determina los efectos de la inscripción en el RENACI al decir que las comunidades allí inscritas gozarán de los derechos reconocidos por las leyes 23.302 y 14.932, por la que se ratificó el Convenio 107 de la OIT (artículo 19).

La resolución 4811/95 de la exSecretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación, de la cual dependía el RENACI, extendió los alcances de la personería jurídica a lo establecido en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Argentina, y simplificó sustancialmente los requisitos para obtenerla, fijando únicamente los siguientes: nombre y ubicación geográfica de la comunidad; reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico; descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; nómina de los integrantes con grado de parentesco, y mecanismos de integración y exclusión de sus miembros. Se trata de un régimen especial que surge del respeto a las identidades culturales de los pueblos indígenas.

En relación con la existencia de un organismo que lleve adelante la política indígena en el país, el artículo 5 de la ley 23.302 crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) en la órbita del Ministerio de Salud y Acción Social (actualmente el INAI depende del Ministerio de Desarrollo Social) como Autoridad de Aplicación de la ley. El decreto 155/89 precisa su competencia agregando que además es el responsable de la aplicación de la ley 14.932. La normativa citada establece que el INAI se integra de un Consejo Ase-

sor y de un Consejo de Coordinación en el que se dispone la participación indígena, junto a un representante de los Ministerios del Interior, de Trabajo, de Economía, de Educación y de Justicia, y de cada provincia que se haya adherido a la ley 23.302. Sin embargo, fue recién en 2004, por medio de la resolución 152/04 y su modificatoria 301/04, que se creó el Consejo



de Participación Indígena (CPI), cuya principal función es asegurar la posterior participación indígena en el mencionado Consejo de Coordinación y determinar los mecanismos de designación de los representantes ante este.

Si bien reconocemos que la creación del CPI es un avance significativo, no debemos perder de vista que la ley 23.302 se encuentra vigente desde 1985, es decir, que el Estado argentino dilató casi 20 años la conformación de un espacio de participación para los pueblos indígenas¹⁰. En realidad opinamos que no se trata de una instancia real de participación, sino de un mero mecanismo de consulta para nada vinculante. A pesar de que en los considerandos de la resolución 152/04 se afirma que es del interés preponderante de las autoridades del INAI la conformación de una instancia participativa de los pueblos indígenas en el diseño de las políticas públicas que los afectan, la realidad marca que resta avanzar mucho todavía para cumplir cabalmente lo que disponen

¹⁰ En los propios Considerandos de la resolución 152/04 se reconoce que "...se propone la creación de un Consejo de Participación Indígena, ello a fin de dar cumplimiento, además de lo prescripto por la legislación vigente, a lo ordenado por Resolución registrada al número 79/03, de fecha 18 de marzo de 2003, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en autos "Asociación Indígena Argentina y Otro C/ Ministerio de Salud y Acción Social S/ Juicio de conocimiento", en la que se ha fijado un plazo de Treinta (30) días hábiles administrativos para acreditar de modo fehaciente la aprobación de la estructura orgánica de la entidad descentralizada Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, que contemple la participación indígena reconocida por el Artículo 5º de la Ley N° 23.302".

el Convenio 169 y el artículo 75 inciso 17 con respecto a la participación indígena. De hecho, en la práctica es el Presidente del INAI quien convoca y define el temario de las reuniones, y poco margen les queda a los representantes indígenas, quienes solo pueden opinar sobre algunos matices. El artículo 9 de la resolución 152/04 señala: "Será el Pre-

sidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas quien convoque a las reuniones del Consejo de Participación Indígena y éste decidirá la oportunidad y periodicidad en que serán convocadas".

Un aspecto sumamente destacable constituye el hecho de que los miembros del CPI fueron elegidos por asambleas comunitarias por pueblo indígena y por provincia; por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires existen comunidades registradas en el RENACI pertenecientes a los pueblos Toba, Mapuche y Guaraní, se reunieron todas las comunidades de cada uno de los tres pueblos, y designaron a un miembro titular y a uno suplente para integrar el CPI. El mecanismo se repitió durante el año 2005 en cada provincia, y así en 2006 quedó por fin conformado el CPI con 83 miembros. Hemos tenido la posibilidad de estar presentes en las tres asambleas comunitarias realizadas en la provincia de Buenos Aires y debemos afirmar que los delegados han sido legítimamente electos.

En cuanto al derecho a la tierra, la ley 23.302 dedica su Capítulo VI a la adjudicación de tierras. No reconoce el derecho a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades, como lo establece el art. 75 inciso 17 de la Constitución y el Convenio 169. Solo prevé la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas, que estén inscritas en el RENACI, de tierras aptas y sufi-

cientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad, lo que coincide con el mandato constitucional, "...y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano..."

Más allá de algún programa que ha intentado implementar el Estado argentino tendiente a garantizar este derecho, y de algunas buenas intervenciones con determinadas comunidades, lo cierto es que este continúa siendo el principal punto de conflicto entre el Estado y los pueblos indígenas, y el que más urgencia en su tratamiento requiere. No ha habido hasta aquí una política decidida por parte del Estado argentino en pos de cumplir con el mandato constitucional; no existe en la práctica una protección real de las tierras que tradicionalmente ocupan o han ocupado las comunidades indígenas; no se ha implementado un plan sistemático de regularización dominial; son muy reducidos los casos de entregas de tierras "aptas y suficientes...", cuando existen numerosas comunidades que viven hacinadas alrededor de los grandes centros urbanos. Y para agravar aun más la situación, numerosas comunidades indígenas continúan siendo despojadas de sus tierras por parte de empresas y organismos oficiales; tal es el caso de comunidades Wichí en la provincia de Salta, de comunidades Toba en la provincia de Chaco, de comunidades Mbya Guaraní en la provincia de Misiones, y de comunidades Mapuche en el sur del país, solo para dar algunos ejemplos.

En diciembre de 2006, se sancionó la ley 26.160, que declara, por el término de cuatro años, la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el RENACI u organismo provincial competente, o aquellas preexistentes.

Como consecuencia de la emergencia declarada, se determina la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de esas tierras.

A su vez, crea un fondo para asistir a las comunidades indígenas en los gastos que demande:

- a) El relevamiento técnico –jurídico– catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas.

- b) Las labores profesionales en causas judiciales y extra-judiciales.
- c) Los programas de regularización dominial.

Para llevar adelante lo que dispone dicha ley, el INAI elaboró un programa de relevamiento de la situación dominial de las tierras que ocupan las comunidades. Para implementar dicho programa, el INAI creó un Equipo Técnico Operativo (ETO) en cada provincia, integrado por un organismo técnico (universidad, por ejemplo), un representante del gobierno provincial y los miembros del CPI por cada provincia.

No podemos todavía evaluar este programa debido a que aún se encuentra en una etapa muy poco avanzada. En la provincia de Buenos Aires se designó a la Secretaría de Derechos Humanos y a la Universidad Nacional del Sur para integrar el ETO; luego de varias reuniones y de intercambio de información, la entidad académica se halla preparando el borrador del proyecto de relevamiento.

En lo que respecta al derecho a la educación, la ley 23.302 en su Capítulo V declara prioritaria la intensificación de planes educativos para las comunidades indígenas, respetando su identidad cultural y garantizando la educación bilingüe.

La ley Federal de Educación (ley 24.195) de 1993, en su artículo 5 establecía que al fijar la política educativa, el Estado debería respetar el derecho de las comunidades aborígenes a preservar sus pautas culturales y al aprendizaje y enseñanza de su lengua, dando lugar a la participación de sus mayores en el proceso de enseñanza (inciso 19).

Dicha norma fue reemplazada por la ley 26.206 –ley de Educación Nacional– de diciembre de 2006, la que, con mucho mejor criterio, en su artículo 11 inciso ñ) determina que uno de los fines de la política educativa nacional consiste en asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos los educandos.

Dedica su Capítulo XI a la Educación Intercultural Bilingüe (EIB). En sus artículos 52, 53 y 54, la norma garantiza el derecho constitucional de los pueblos aborígenes a recibir una educación que contribuya a preservar y fortalecer sus pautas culturales, su lengua, su cosmovisión e identidad étnica; asegura la participación permanente de los representantes de las comunidades indígenas en los órganos responsables

de definir y evaluar las estrategias de la EIB; respalda la formación docente continua, la investigación en el área y la construcción de modelos y prácticas educativas propias de los pueblos indígenas; y encomienda a la cartera educativa nacional la definición de contenidos curriculares comunes que promuevan el respeto por la multiculturalidad y el conocimiento de las culturas indígenas en todas las escuelas del país, permitiendo a los alumnos valorar y comprender la diversidad cultural como atributo positivo de nuestra sociedad.

Nos parece una ley ejemplar, que aborda de manera integral la cuestión de la educación intercultural y bilingüe, y que está acorde con lo dispuesto en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Argentina y con el Convenio 169.

Sin embargo, habrá que seguir aguardando la implementación de políticas educativas concretas que operativicen las disposiciones de dicha norma.

En el año 2004, se creó el Programa Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (resolución 549/04 del Consejo Federal de Ciencia y Educación), con el objetivo de “promover conjuntamente con los Pueblos Indígenas de nuestro país, estrategias pedagógicas que atiendan sus necesidades educativas específicas a fin de revertir su histórica exclusión del sistema educativo.” A más de tres años, pese a la realización de talleres y al apoyo a algunas experiencias, las comunidades indígenas siguen reclamando su cumplimiento real y efectivo, lo que requiere incorporar el enfoque de la Educación Intercultural Bilingüe en la formación y capacitación docente, implementar mecanismos para la profesionalización de los auxiliares docentes indígenas, la producción y edición de material didáctico orientado a las necesidades educativas específicas de los alumnos de las escuelas situadas en contextos de diversidad cultural y lingüística, entre otras medidas.

Por otra parte, en su Capítulo VI, la ley 23.302 determina la implementación de planes intensivos de salud y de saneamiento ambiental en las zonas donde se asientan las comunidades indígenas. En el artículo 21 se establece que en el diseño de los programas de salud deberá tenerse en cuenta:

El respeto de las pautas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, respecto de la medicina tradicional indígena integrando a los programas na-

cionales de salud a las personas que a nivel empírico realizan acciones de salud en áreas indígenas.

No obstante la referencia a la medicina tradicional indígena, todo el capítulo evidencia una impronta poco feliz, más relacionada con el Convenio 107 que con el nuevo paradigma instaurado por la reforma constitucional de 1994.

En cuanto a los derechos previsionales, la ley 23.302 insta al INAI a elaborar y a elevar al Poder Ejecutivo un proyecto de ley que contemple el derecho a la jubilación ordinaria de este sector social. Y en lo relativo a la vivienda, sostiene la norma que el INAI deberá gestionar la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas para los titulares de las tierras adjudicadas por dicha ley, ante organismos nacionales e internacionales que desarrollen planes habitacionales de fomento. En estos últimos tres puntos previstos por la ley (salud, previsión social y acceso a la vivienda), la brecha entre lo legislado y lo que ocurre en la realidad es desesperante.

En el año 2001, el Estado argentino sancionó una ley que a nuestro juicio lleva justicia y paz a las comunidades indígenas y que tiende a reguardar su historia e identidades. En efecto, la ley 25.517 determina que los restos mortales de aborígenes, cualquiera fuera su característica étnica, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas, deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que los reclamen. Además establece que para realizarse todo emprendimiento científico que tenga por objeto a las comunidades aborígenes, incluyendo su patrimonio histórico y cultural, se deberá contar con el expreso consentimiento de las comunidades interesadas.

Por supuesto que quienes detentan dichos restos mortales son reticentes a cumplir con la norma. Hay numerosos reclamos pendientes de resolución de parte de comunidades Mapuche a la Universidad Nacional de La Plata, para que entregue los restos mortales, patrimonio del pueblo Mapuche, que aún se encuentran en el Museo de Ciencias Naturales dependiente de dicha universidad.

Por otro lado, existe una norma, la ley 25.607 de 2002, que determina la realización de campañas periódicas de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el

inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional a través de medios de comunicación y ámbitos educativos.

A su turno, la ley 23.162 posibilita la inscripción de nombres aborígenes, agregando el artículo 3 bis a la ley 18.248 sobre el nombre de las personas. El art. agregado establece: “podrán inscribirse nombres de aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen lo dispuesto por el artículo 3° inc. 5, parte final”. La limitación a la que se refiere es que no se exceda de tres nombres.

No obstante la claridad de la ley, en la mayoría de los casos los indígenas deben recurrir a la vía judicial para que el Registro Nacional de las Personas autorice la inscripción pertinente.

Finalmente cabe mencionar que en la esfera de la Secretaría de Política Ambiental de la Nación, se creó recientemente la Dirección de Pueblos Originarios y Recursos Naturales, cuyo principal objetivo es apoyar la gestión de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, desde su propia cosmovisión. Como acabamos de decir, se trata de un organismo nuevo, del cual se espera que promueva la participación de los pueblos indígenas en lo relativo a la gestión, administración de los recursos naturales, a tenor de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Argentina y por el Convenio 169. Entendemos que dicho organismo tiene competencia también para implementar las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 8 J).

CONSIDERACIONES FINALES

Hemos observado que en los últimas décadas el Estado argentino oyó lo planteos y reivindicaciones de los pueblos indígenas –aunque en rigor de verdad habría que decir que tuvo que ceder a las presiones internacionales– y comenzó un decidido proceso de modernización de su legislación. En efecto, existe una gran diferencia entre el Convenio 107 de la OIT, imbuido de un marcado criterio integracionista y de una clara visión evolucionista propios de su época; y la posición actual evidentemente abierta, plural y respetuosa de las identidades culturales. La ratificación del convenio 169 de la OIT y del Convenio sobre Diversidad Biológica, y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Argentina, dan cuenta de ello. En este mismo

sentido debe comprenderse el cambio de la posición argentina en el proceso de aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que pasó de abstenerse en la votación en el seno del Consejo de Derechos Humanos, a votar afirmativamente en la Asamblea General.

El Convenio 169, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Constitución Argentina y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforman el régimen jurídico vigente en Argentina en lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas. Esto obliga al Estado no solo a abstenerse de cometer actos que lesionen tales derechos, sino también a realizar acciones positivas tendientes a garantizarlos, es decir, debe dictar normas complementarias, e implementar acciones, planes, programas y políticas públicas que tornen realmente efectivos los derechos de los pueblos indígenas.

Y este es uno de los principales problemas que presenta el Estado argentino, al igual que la mayoría de los Estados de la región, no existe una correspondencia entre los derechos reconocidos en las leyes y lo que sucede en la realidad cotidiana; es lo que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, denomina “la brecha de implementación”, cuestión en la que ha focalizado en su informe de 2006 (E/CN.4/2006/78)¹¹.

En efecto, pese a la reforma constitucional de 1994 y a la ratificación del Convenio 169, no se han sancionado aún leyes reglamentarias. La única norma de carácter integral es la mencionada ley 23.302 que data de 1985, y que responde a una concepción ya superada, más bien cercana a la que se evidencia en el Convenio 107.

Mas allá de las citadas leyes 26.206 y 26.160, que hasta ahora no han motivado ninguna acción concreta por parte del gobierno, todo lo referente a los derechos de los pueblos indígenas se sigue rigiendo por una ley de hace más de dos décadas.

El organismo encargado de diseñar la política indígena (INAI) no cuenta con presencia indígena y está dirigido por funcionarios designados por el poder político. Tiene

11 <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/108/70/PDF/G0610870.pdf?OpenElement>

una reducida planta de personal, con unos pocos técnicos, y bajo presupuesto. Su sede se encuentra en la ciudad de Buenos Aires y no tiene delegaciones en otros puntos del país, lo que dificulta el acceso de las comunidades indígenas.

El hecho de que dependa del Ministerio de Desarrollo Social indica que los derechos de los pueblos indígenas se abordan desde una perspectiva asistencial, y que a los ojos del Estado conforman un grupo más, dentro del sector de la población vulnerable socioeconómicamente. Pensamos que lo más indicado es que el organismo que defina la política indígena sea autárquico o en su defecto enmarcarse dentro de la órbita de la Secretaría de Derechos Humanos, y no perder de vista que lo que torna particulares a los pueblos indígenas es su identidad cultural.

Se advierte que el INAI es un organismo de bajo rango, con poca o nula injerencia en las políticas de las otras áreas del Estado, lo que genera en muchos casos acciones contradictorias.

A esto hay que agregarle que la gran mayoría de los agentes y funcionarios de la administración pública no están consustanciados con la cuestión indígena. Lo mismo sucede con funcionarios judiciales y legisladores. Han existido casos de indígenas detenidos por tenencia de hojas de coca, y numerosos casos de discriminación en las escuelas, centros de salud y oficinas públicas en general.

Esto exige la realización de campañas de sensibilización acerca de los derechos de los pueblos indígenas y de la importancia del respeto por la diversidad cultural, en particular destinada a agentes del Estado.

Otro gran inconveniente es la ausencia de la participación real por parte de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones respecto de los asuntos que les afectan. El CPI debería tener un rol protagónico en el diseño de la política indígena y definir objetivos, elaborar planes de acción, discutir los aspectos presupuestarios, e intervenir en cualquier política relacionada con los pueblos indígenas que el Estado pretenda implementar desde cualquiera de sus órganos.

El tema más sensible tal vez sea el de las tierras y territorios de las comunidades indígenas; parece que el único camino es esperar la implementación de la ley 26.160.

Por otra parte, es fundamental ejecutar el Programa de Educación Intercultural bilingüe, con el fin de contribuir a la construcción de una sociedad abierta, tolerante y respetuosa de la diferencias. En este punto, es sumamente necesaria la adecuación de los programas de formación docente y la incorporación de maestros indígenas.

En definitiva, el gran avance legislativo de los últimos años, significó un reconocimiento meramente formal de los derechos de los pueblos indígenas por parte del Estado argentino.

A lo largo y a lo ancho del país, los pueblos indígenas continúan sufriendo explotación económica, marginación social, y opresión cultural. Siguen siendo despojados de sus tierras y de sus recursos naturales, sufren permanentemente conductas discriminatorias y son manipulados políticamente. Hace algunas semanas el Defensor del Pueblo de la Nación inició una demanda contra el Estado Nacional y la provincia del Chaco por la muerte de varios indígenas tobas por desnutrición en aquella provincia.

Hace falta una decidida voluntad política para llenar el vacío entre la legislación vigente y la práctica jurídica y administrativa. Este hueco entre el nivel formal y el nivel real constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas. Cerrar el hueco, colmar la brecha, constituye un desafío y deberá plantearse como un programa de acción de derechos humanos indígenas en el futuro (Stavenhagen, 2006).

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1960). *Resolución 1514 (XV)*. 14 de diciembre de 1960.
- Bazán, V. (2005). Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional, en *El Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitas.
- Bidart, G. (1996). Los Derechos de los Pueblos indígenas argentinos. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Vol. B, 1205. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Bidart, G. (1996). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Cuyul, A. y Davinson, G. (2007). *La Organización de Los Pueblos Indígenas en Argentina: El caso de la ONPIA*. de <http://www.iidh.ed.cr>
- Dalmazzo, O. (1998). *Manual de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*. Buenos Aires: Instituto Browniano, Presidencia de la Nación.
- Ekmekdjian, M. (1999). *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*.
- Hernández, I. (1992). *Los Indios de Argentina*. Buenos Aires: Editorial Mapfre.
- Shunway, N. (1993). *La Invención de la Argentina*. Buenos Aires: Editorial Emece.
- Stavenhagen, R. (2006). *Informe 2006 del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Svampa, M. (1994) *El dilema argentino: civilización o barbarie*. Buenos Aires: Editorial El cielo por asalto.
- Travieso, J. (1996). *Los derechos humanos de los pueblos indígenas (normas de la Constitución Argentina de 1994 y Tratados Internacionales)*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina 1996, Vol. 3, 1031.
- <http://www.iidh.ed.cr>
<http://www.desarrollosocial.gov.ar/INAI/site/>
<http://www.ilo.org>
<http://www.ohchr.org/spanish/>
<http://www.cidh.oas.org>
<http://www.indec.mecon.ar/>