

Capítulo 7

Legislación: la perspectiva del derecho

*Ahora,
levantándonos después de siglos de opresión,
en memoria de nuestros mártires indígenas,
evocando la grandeza de nuestros antepasados
y en homenaje a los consejos de nuestros sabios
ancianos,
nos comprometemos solemnemente a controlar de
nuevo nuestros destinos,
recuperar nuestra dignidad y nuestro orgullo
de ser gente indígena.*

*Declaración de los Pueblos Indígenas
Ecuador – 14.04.1984*

El análisis de la legislación nacional e internacional supone el acceso a instrumentos que garantizan los derechos del indígena como individuo y como comunidad. Los textos jurídicos avalan –al menos en la teoría- las acciones emprendidas a favor de los pueblos nativos y sus rasgos culturales. Es por ello que su incorporación al marco teórico provee de una inestimable base de seguridad.

La Reforma de la Constitución Nacional, aprobada en 1994, incorpora el inciso 17 (art. 75) que atribuye al Congreso "reconocer la preexistencia étnica y

cultural de los pueblos indígenas argentinos", garantizando el respeto a su identidad, el derecho a una EIB, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, la participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses.

Esta acción representaría el final de un largo proceso iniciado con la llegada del europeo, y que se debatiría durante siglos entre la aceptación y la condena, la integración y la segregación.

Conquista y Colonia

Durante mucho tiempo, se mantuvo que era legítimo dominar por la fuerza de las armas a hombres "cuya condición natural era tal que debían obedecer a otros". Tal fue el caso del erudito y filósofo español Juan Ginés de Sepúlveda, tratado por Tudorov (1991), el cual señalaba además que era legítima la guerra contra los infieles para propagar la religión cristiana, salvar sus almas y desterrar el pecado de la antropofagia.

En un voluminoso tratado en latín, "Apología", el dominico fray Bartolomé de Las Casas refutó, con una visión muy clara para su época, las argumentaciones de Sepúlveda y sus seguidores (Losada, 1975). Los teólogos españoles, por otra parte, dividieron sus opiniones entre quienes no consideraban a los indígenas como personas –avalando así su esclavización– y entre los que sí los consideraban como seres humanos, oponiéndose, como lo hizo Las Casas, a los oprobiosos tratos violentos y esclavistas.

De ahí que, a partir de las Leyes de Burgos de 1512, se proclamase la libertad de los aborígenes:

"La primera, que pues los indios son libres, y Vuestra Alteza y la Reina, Nuestra Señora que haya santa gloria, los mandaron tratar como a libres, que así se haga"

Merced a las Leyes Nuevas (1542) se reitera la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. Empero, a lo largo de todo el periodo colonial, los derechos de los indígenas quedaron expresados únicamente en el papel: el encomendero y los grandes terratenientes se ocuparon de violar, una por una, todas las reglamentaciones referidas al trato dado al nativo. Ante las denuncias de tan claro incumplimiento, Felipe II envía un oidor (Francisco de Alfaro) que, en 1612, redacta sus famosas "Ordenanzas" enunciando, una vez más, la supresión del trabajo servil.

La independencia

El periodo independiente trajo para los pueblos indígenas latinoamericanos en general, y argentinos en particular, la liberación de los sistemas de trabajo coloniales (mita, yanaconazgo, encomienda...) y su incorporación como ciudadanos de la recién creada nación. Las declaraciones de hermandad con los pueblos nativos abundaron en Argentina. Sin embargo, con el paso de los años, las actitudes demostraron posturas contrarias. Hacia mediados del siglo XIX, el aborigen era considerado abiertamente una amenaza para la seguridad del país y un freno para su desarrollo.

La Constitución de 1853

Esta Carta Magna nacional fue uno de los elementos fundantes de la Argentina, y refleja fielmente el proyecto que la dirigencia política del momento buscaba emprender: convertir al país en una nación desarrollada, igualando el modelo euro-americano. Tal situación devino, en los hechos, en la implementación de una campaña de exterminio de las comunidades nativas que aún se mantenían libres controlando un respetable porcentaje del territorio argentino (Pampas, Patagonia y Gran Chaco).

Esta "condena a muerte" de los pueblos indígenas se refleja en el inc. 15 del art. 67 de la Constitución de 1853, que establece como correspondencia del Congreso...

"... proveer la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo" (1).

Es curioso señalar que el mismo texto legislativo, en su art. 20, sostiene que "los extranjeros pueden (...) ejercer libremente su culto... ". La prohibición a los indígenas de la práctica de sus creencias, la indocumentación, la falta de inserción en los gremios y el mercado laboral, la carencia de asistencia sanitaria y escolar... fueron algunas de las consecuencias de la actitud paternalista del Estado, paternalismo colonialista reflejado en el texto constitucional.

Tiempos conflictivos

La ley 1.532 de 1884 señala que las tribus debían ser "traídas gradualmente a la vida civilizada". Notables fueron los métodos empleados. Martínez Sarasola (1992 p.153) señala que, entre 1862 y 1889, la Conquista del Chaco dejó un saldo de más de un millar de muertos entre los indígenas, a los cuales deben agregarse los miles de prisioneros y los cientos de comunidades destruidas o dispersas. Entre 1849 y 1884, de acuerdo al mismo autor, la "Conquista del Desierto" dejó más de 3.500 víctimas y un saldo equiparable de vacío y destrucción.

El Congreso se hace cargo del mandato constitucional (*vid.supra*) en el aspecto religioso, fomentando la creación de misiones para la conversión de indígenas. Varias leyes (817/1876 de Colonización; 1.470/1884 de ocupación militar del Chaco; 1.532/1884 y 4.167/1903 de colonización de territorios nacionales y tierras fiscales) prevén la labor evangélica. El énfasis misionero no disminuye en el siglo XX: el decreto del 24/07/1912 crea la Superintendencia de Misiones y Reducciones, y el del 21/09/1916 crea la Comisión Honoraria de Reducciones de Indios.

Ya la ley 4.167 de 1903 establece que "el Poder Ejecutivo fomentará la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones y suministrándoles tierras y elementos de trabajo".

Este sistema de misiones y reducciones de indios, implementado en la primera mitad del siglo XX, mantiene el intento de homogeneización, con un programa de instrucción (que significaba apartar a los nativos de sus culturas ancestrales), de protección (pues "no estaban en condiciones de decidir por sí mismos") y de reducción (lo que implicaba confinamiento y segregación).

Por ley 12.636 de 1940 se crea el Consejo Agrario Nacional, que, si bien busca entregar tierras en propiedad, persiste en el mantenimiento de las formas paternalistas, al intentar traer a las comunidades "a la vida civilizada", para lo cual "deberá impartirse la instrucción elemental y la enseñanza de la religión católica".

Reformas

La reforma efectuada a la Constitución Nacional el 11 de mayo de 1949 cambia el inciso 15 del artículo 67, suprimiendo la mención a conversión y trato pacífico por anacrónica y discriminatoria (en 1957 se suprimen en Chaco

los sistemas de misiones y reducciones). Un año antes, en 1948, se había promulgado la ley 13.560, que reglamentaba el trabajo indígena, adaptándose al Convenio 80 de 1936 de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ésta y otras medidas (2) indican un tenue movimiento político a favor de las comunidades, que, para esta época, están completamente desbandadas, soportando la tremenda aculturación que estableció el modelo liberal-progresista del Movimiento de los 80... y la presión de mercados industriales y laborales en pleno desarrollo, que los explota como mano de obra barata.

Pero también indican el acercamiento de los dirigentes políticos a las líneas de trabajo internacionales, que ya habían comenzado a desarrollar textos en torno al tema.

El ámbito internacional

Después de la experiencia de la II Guerra Mundial, con las colonias imperialistas y el recuerdo de la Alemania nazi, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (resol. 217 A (III) de 10.12.1948, Asamblea General de la ONU) llega como un llamamiento a recordar valores perdidos y olvidados, sobre todo la no-discriminación y la igualdad entre todos los seres humanos.

Las ideas centrales de la DUDH provienen de las luchas occidentales (parlamentarismo inglés, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa, *Bill of Rights* de la Constitución estadounidense). Al no constituirse en un instrumento jurídico vinculatorio (es solo una norma moral y política obligatoria para todos los países miembros de las Naciones Unidas), no todos los estados la respetan (3). Por este motivo, la Asamblea General de la ONU aprueba, en 1966, dos convenios:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Ambos entran en vigor en 1976, desarrollando la DUDH, pero con carácter vinculatorio para los escasos signatarios (según el derecho internacional, un tratado internacional tiene *status* de ley interna para el país firmante). Estos pactos prohíben la discriminación en todas sus variantes (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) y consagran el derecho al trabajo y a sus adecuadas condiciones; el derecho a la seguridad social; a un nivel de vida decente; a la salud; a la educación y a la participación en la vida cultural.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publica el primer estudio sobre condiciones laborales y de vida de poblaciones indígenas en 1953. A ello siguió, en 1957, la adopción del Convenio 107 “sobre la protección de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes”, que promueve una política paternalista de integración y asimilación.

Criticado ampliamente, se conformó el Convenio 169 de la OIT (1989) “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” que incorpora las demandas indígenas y constituye, hasta hoy, el único instrumento internacional vinculador sobre derechos humanos indígenas.

Las líneas de trabajo –y los textos producidos por ellas- referentes a derechos de poblaciones o pueblos indígenas, derechos lingüísticos, etc., han sido tratadas en los capítulos respectivos, y, por ende, no volverán a ser enumeradas aquí.

En Latinoamérica

Los derechos de los pueblos indígenas se ven contemplados en las constituciones de varios países latinoamericanos. El art. 171 de la Constitución boliviana reconoce y protege los derechos sociales, económicos y culturales nativos, “garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones”.

Perú reconoce los derechos de las “comunidades campesinas” en los arts. 89 y 149 de su Carta Magna, en tanto que Paraguay define a sus pueblos indígenas (art. 62), garantizando su identidad étnica (art. 63), su propiedad comunitaria (art. 64) y su educación (art. 66). Al respecto, expresa que “el Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal”.

El art. 84 de la Constitución ecuatoriana garantiza el mantenimiento, desarrollo y fortalecimiento de la identidad indígena y sus tradiciones espirituales, culturales, lingüísticas, sociales, políticas y económicas. México (art. 4) y Panamá (art. 84) reconocen la composición pluricultural de su población, y señalan que las lenguas indígenas –así como el resto de su cultura- serán objeto particular de estudio. Nicaragua y Venezuela establecen idénticos derechos y proporcionan similares garantías.

Evidentemente, el movimiento de integración y reconocimiento de las culturas indígenas por parte de los estados nacionales ha englobado al conjunto continental. Argentina, como se verá en el siguiente apartado, no quedó fuera.

En Argentina

Las constituciones provinciales son las primeras que comienzan a reconocer la presencia indígena (Chaco, 1957; Río Negro, 1958; Jujuy y Salta, 1986; Formosa, 1991), y, mediante diversas leyes, reglamentan su situación (ley 2.435/87 de Misiones; ley 426/87 de Formosa; ley 6.373/87 de Salta; ley 3.258/87 de Chaco).

En 1989 (Decreto Reglamentario 155/89) se reglamenta la ley nacional 23.302 “sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes”, aprobada el 30.09.1985 (es decir, cuatro años antes). La ley define “comunidad indígena”, reconociéndoles personería jurídica y declarando, en su artículo 1:

“...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 socioeconómico y cultural de la nación, respetando sus propios valores y modalidades”.

Mediante esta ley se crea el INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas), dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social. Además, dispone la adjudicación a aborígenes de tierras aptas para su explotación, y, en su artículo 14, prioriza la intensificación de los servicios educativos y culturales en las áreas de asentamiento de las comunidades. Al respecto, puntualiza que los planes que se implementasen deberían resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de la comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional.

El Convenio 169 de la OIT recién es ratificado por Argentina en 1992, mediante la ley 24.071. Por este texto, se prevé que el gobierno argentino deberá:

“...asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 1).

Deben reconocerse y protegerse los valores, instituciones y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas,

implementando medidas tendentes a su desarrollo, y a permitir la decisión de sus propias prioridades. Deben ser protegidos, además, contra la violación de sus derechos. En nueve de sus doce partes, el convenio trata de los derechos aborígenes en cuanto a tierras, empleo, formación e industrias, seguridad social y salud, educación (art. 26-31) y administración.

La Reforma Constitucional

Como señala Tanzi (2002), “el primer avance legislativo de nuestra República fue la ley 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”, que consagra, en su artículo primero “la tan solicitada política de participación del indígena, con sus propias pautas culturales, en la vida del país”.

Avanzando un paso más, la ley 24.309 declara la necesidad de reforma de la Constitución Nacional para “su adecuación ... a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas” (art. 3, inc. LL). Producto de este texto es el inciso 17 del artículo 75 de la nueva Carta Magna (1994), que reconoce finalmente la pre-existencia nativa. Se termina así la pretensión histórica de una Argentina uniforme y étnicamente homogénea, elevándose el principio de “unidad en la diversidad”: un país pluricultural en el que se respete el derecho de cada pueblo a ser él mismo, dentro del conjunto de la sociedad.

Las líneas generales presentadas hasta aquí muestran una evolución en los textos legislativos, reflejo claro de los cambios históricos que el Estado Argentino fue presentando a lo largo de sus dos siglos de existencia. Tal evolución permite apreciar también la forma en que la relación entre la sociedad no-nativa y la aborígen fue variando: desde un enfoque discriminador a un intento de integración paternalista, llegando finalmente a la política de aceptación que es la tónica actual a nivel latinoamericano.

Bibliografía citada

1. CIESIN. 2002. *Thematic Guides* [En línea]: “Rights of Indigenous Peoples”. <www.ciesin.org/TG/PI/RIGHTS/indig.html> [Consulta: 10 noviembre 2003].
2. Losada, Angel. 1975. Bartolomé de Las Casas. En *Correo de la UNESCO*, junio, p.9.
3. Martínez Sarasola, Carlos. 1992. *Nuestros paisanos los indios : historia y destino de las comunidades indígenas en la Argentina*. Bs.As.: Emecé.

4. Stavenhangen, Rodolfo. 1997. El marco internacional en el Derecho Indígena. En Gómez, Magdalena (coord.). *Derecho Indígena*. México: INI; AMNU, pp.43-64.
5. Tanzi, Lisandro. 2002. *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina* [En línea]: <<http://www.geocities.com/RainForest/Andes/8976/deorig.html>> [Consulta: 10 noviembre 2002].
6. Tudorov, Tzvetan. 1991. La conquista de América : el problema del otro. México: Siglo XXI.

Bibliografía complementaria

7. *Constitución de la Nación Argentina y todas las Constituciones provinciales* [En línea]: <<http://www.fotoargentina.com.ar/constit.htm>> [Consulta: 10 noviembre 2003].
8. *Constituciones latinoamericanas : disposiciones referidas a los pueblos indígenas* [En línea]: <<http://www.pueblosindigenas.net/constituciones.htm>> [Consulta: 10 noviembre 2003].
9. Escuela Scholem Aleijem. *Pase a la Historia* [En línea]: “Legislaciones coloniales” <www.oni.escuelas.edu.ar/olimpi97/Pase-a-la-Historia/legcoloniales.htm> [Consulta: 10 noviembre 2003].
10. Gentile, Jorge H. 2003. *Constituciones argentinas* [En línea]. <<http://www.profesorgentile.com.ar/constarg.html>> [Consulta: 10 noviembre 2003].
11. Legislaw. 2003. *Argentina leyes* [En línea]: <<http://www.legislaw.com.ar/servipa/infor.htm>> [Consulta: 10 noviembre 2003].
12. Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [En línea]: <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [Consulta: 10 noviembre 2003].

Notas

- (1) Segunda parte, título primero, capítulo IV, artículo 67, inciso 15.
- (2) Decreto 1.594/1946 creando la Dirección de Protección al Aborigen; ley 14.254 de Creación de Colonias-Granja "de adaptación y educación de la

población aborigen" en 1953; supresión de los sistemas de misiones y reducciones chaqueñas en 1957...

(3) En algunos países, los pueblos indígenas no pueden apelar a la DUDH por no considerárseles ciudadanos plenos, sino sujetos de estatutos especiales, o sea, el equivalente a un menor de edad. *Vid.* Stavenhangen, 1997.