

Indigenous Rights and Demands in Extractive Economies
International Symposium
University of Pennsylvania
April 26, 2019

**LAS DIFICULTADES LEGALES PARA EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS POR
LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

*Juan Manuel Salgado**

Esta será una breve exposición acerca de la alarmante brecha entre la amplitud de derechos reconocidos y la poco menos que total ausencia en su realización práctica. El Estado Argentino ha adherido a todos los tratados internacionales de derechos humanos que resguardan los derechos de los pueblos indígenas y ha reconocido la competencia de los órganos y tribunales internacionales que admiten las peticiones para el cumplimiento de esos derechos. Por su parte los textos de la Constitución federal y de numerosas constituciones provinciales incluyen expresas referencias a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin embargo es muy poco lo que los distintos niveles del Estado realizan para que estas normas sean efectivas en la realidad. Lo habitual es que el mismo Estado sea el principal obstáculo para su cumplimiento. Se ha “naturalizado” una situación de ilegalidad permanente en relación al trato hacia los pueblos indígenas que en la mayoría de los casos cuenta incluso con el asentimiento de los jueces, escenario que se ha agravado notablemente en los últimos años con el establecimiento de políticas gubernamentales de derecha, sostenidas desde los medios de difusión, que han calificado a los pueblos indígenas como “enemigos” del Estado. La situación es, así, de una extrema gravedad, pues la respuesta habitual a los reclamos indígenas por la realización de sus derechos consiste en la represión violenta.

1.

Los representantes de la República Argentina ante los organismos internacionales suelen declamar que su país ha adherido a todos los tratados de derechos humanos que reconocen los derechos de los pueblos indígenas e incluso ha aceptado la competencia de los órganos y tribunales internacionales permitiendo la promoción de quejas y peticiones contra el Estado cuando se alegan violaciones a los derechos.

Formalmente están en lo cierto. Argentina ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y en la Asamblea General de la ONU votó favorablemente por la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además ha adherido a todos los tratados de derechos humanos con relevancia especial respecto de los derechos de los pueblos indígenas: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la

* Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), Argentina.

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, reconociendo también la competencia de sus órganos para recibir quejas o peticiones individuales. Incluso la Corte Suprema federal ha establecido en sus fallos que los tratados son obligatorios directamente, aún en ausencia de ley reglamentaria, y que en su interpretación deben tomarse como guía los precedentes de los órganos y tribunales internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, tanto la Constitución federal como numerosas constituciones de las provincias, contienen cláusulas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en consonancia con aquellos tratados.

2.

Sin embargo, pese a todos los reconocimientos formales la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas en la República Argentina dista de estar mínimamente garantizada.

En primer lugar, el abundante reconocimiento de derechos a nivel de tratados y constituciones contrasta con la ausencia casi total de legislación federal o provincial que permita su operatividad práctica.

Pese a que el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas en relación con las cuestiones que les conciernen es la “piedra angular” del Convenio 169, tal como lo ha expresado la OIT, tales instancias institucionales están por completo ausentes en todos los niveles del Estado argentino (federal, provincial y municipal). No sólo no hay legislación alguna que establezca los procedimientos de consulta y participación previas imprescindibles tanto en decisiones estatales que afectan directamente a los pueblos indígenas como con respecto a la utilización o explotación de los recursos existentes en sus tierras, sino que la sola idea de estos derechos, así como del concepto de autonomía y libre determinación que los sostiene, es terminantemente rechazada por los funcionarios gubernamentales. En los últimos años, además, la postura gubernamental –respaldada también por la mayoría de los medios de comunicación masivos- ha consistido en descalificar los reclamos de autonomía y participación indígenas sosteniéndose que quienes los formulan pretenden un “estado independiente”, estigmatizando la movilización indígena como emparentada con el terrorismo.

Aunque a un observador extranjero pueda parecer inconcebible que el propio Estado niegue de modo terminante derechos explícitamente reconocidos en tratados internacionales y en las constituciones locales, en el ámbito interno esta negativa se encuentra “naturalizada” de un modo tal que incluso la mayoría de los tribunales de nivel inferior desconocen sistemáticamente la vigencia de aquellos derechos así como los precedentes de la Corte federal y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordenan su aplicación.

El resultado es que por un lado los distintos niveles del Estado adoptan cotidianamente resoluciones afectando de modo perjudicial los intereses de los pueblos indígenas en relación a sus tierras y territorios, a sus recursos, al medio ambiente, a su educación y salud, etc., y por otra parte las comunidades y pueblos damnificados resisten la aplicación de esas decisiones mediante

movilizaciones colectivas. En escasas ocasiones los jueces constituyen un freno a los abusos de poder, al contrario, las más de las veces la estructura judicial es la legitimadora de la represión violenta, tal como ha ocurrido en los últimos años en las acciones estatales que ocasionaron la muerte de Santiago Maldonado y Rafael Nahuel.

3.

La negativa estatal al reconocimiento del derecho a la consulta cobra especial gravedad en el tema de la utilización de los recursos existentes en los territorios indígenas. La ley nacional de bosques nativos establece diferentes categorías para la defensa de los bosques, desde la conservación total hasta la protección limitada y reglamentada. En una excepción notable a la generalidad de la legislación, la propia ley indica que en la determinación concreta de estas categorías debe consultarse con los pueblos indígenas afectados, pero este procedimiento ha sido dejado a cargo de los gobiernos provinciales que desconocieron abiertamente ese mandato y realizaron los mapas de protección de acuerdo a los intereses económicos de empresas extractivas y de terratenientes, sin ninguna forma de consulta o participación indígena.

Si la anterior vulneración de derechos se produce pese a lo que expresamente dispone la legislación, no es difícil imaginarse lo que ocurre cuando la ley no dice nada, tal como sucede en el caso del código de minería, también aplicado a la explotación de hidrocarburos. La política gubernamental, agravada en los últimos años, ha consistido en otorgar concesiones mineras, petrolíferas o gasíferas sin ninguna consideración a la presencia de pueblos y comunidades indígenas en los territorios afectados. Pese a que los funcionarios estatales no desconocen la vigencia del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT ni la existencia de claras y detalladas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas a los derechos de los pueblos indígenas en relación a los recursos existentes en sus territorios, las autoridades nacionales y provinciales han desconocido sistemáticamente los derechos a la consulta y participación, sin que el llamado “Poder Judicial” haya hecho algo relevante para detener o al menos limitar este claro abuso de poder.

4.

La política oficial respecto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y territorios no ha adoptado el negacionismo observado en relación a la consulta y participación sino que ha sido más vacilante, aunque también aquí sus resultados son sumamente desalentadores.

Pese a la multiplicidad de pueblos y culturas indígenas, el aspecto más general de sus conflictos con los poderes dominantes consiste en la necesidad de conservar sus tierras y territorios para poder subsistir, enfrentada a la tendencia de los Estados de despojarlos de ellas o permitir que otros se las arrebaten. Es por eso que entre la variedad de sus reclamos existentes se destaca la insistencia en el reconocimiento de los derechos a las tierras y territorios y de los mecanismos legales que les aseguren su protección. La Constitución federal argentina, desde 1994 incluye expresamente la obligación del Estado de garantizar el respeto a la posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas, lo que ha constituido el aspecto central (y a veces único) de las políticas públicas tendientes al resguardo de sus derechos.

Sin embargo estas políticas no han sido encaradas con la finalidad de reparar los abusos y despojos más que centenarios que tuvieron a los indígenas como víctimas. De modo tácito aquellas siempre han aceptado los límites impuestos por las situaciones de poder consolidadas y por ello los

conflictos territoriales con las comunidades que reclaman la amplitud de derechos reconocida en los sistemas de derechos humanos, han constituido el principal foco de confrontación permanente con el Estado y los empresarios privados.

Eso explica que no haya en la Argentina una legislación de reconocimiento de la propiedad indígena. Los derechos que al respecto se mencionan en las constituciones y en los tratados de derechos humanos tienen escasa efectividad práctica pues cuando las administraciones o los tribunales deben resolver, habitualmente lo hacen aplicando las mismas leyes civiles y administrativas que facilitaron los despojos.

Un avance importante fue en el año 2006, cuando como producto de importantes movilizaciones el Congreso Nacional sancionó la ley 26.160 que ordenó la realización de un relevamiento de las tierras y territorios indígenas en todo el país en un plazo de tres años, suspendiendo los desalojos por ese término.

Ese plazo no fue cumplido y hasta hoy la mayor parte del relevamiento se encuentra sin realizar, habiéndose prorrogado la prohibición de desalojos por sucesivas leyes. En todo el país sólo se han relevado y reconocido en su mayoría las tierras cuya posesión ocasionaba poco o ningún conflicto. En cambio, aquellas en donde su determinación acarrea un enfrentamiento con intereses poderosos, como ocurre en las áreas petrolíferas, mineras o forestales, el relevamiento se encuentra paralizado.

Además, aún en los casos en que el procedimiento legal se ha cumplido y el ente federal establecido para su realización (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, INAI) lo ha llevado a cabo, los pueblos no cuentan con mecanismos legales sencillos y efectivos para titularizar su propiedad, sobre todo cuando ésta es reclamada por particulares.

En resumen, pese a la contundencia de las normas que obligan al Estado a intervenir para solucionar los conflictos y garantizar las tierras a los pueblos y comunidades, normas que además han sido aplicadas por los tribunales internacionales en numerosos precedentes, la Argentina mantiene la situación en un estado de indefinición peligroso desde el punto de vista de la realización de los derechos, pues en la práctica éstos no dependen de la efectividad de la ley sino de las particulares relaciones de poder existentes en cada caso y en cada momento. Y aunque los derechos territoriales han sido los que en mayor medida son reconocidos por los tribunales, en comparación con otros derechos, su efectivización por vía judicial no ha dejado de ser azarosa, problemática y muchas veces precaria.

5.

El escaso nivel de cumplimiento de los derechos indígenas más básicos, como los que aseguran las tierras, la consulta y la participación, permite tener una idea del bajísimo estado en que se encuentran el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas, el respeto y promoción de sus idiomas, el mantenimiento de sus formas educativas, la conservación de sus prácticas medicinales, la resolución interna de sus conflictos, la creación de sus propios medios de comunicación y los demás aspectos relacionados con el desarrollo autónomo de sus propias culturas.

En todos estos casos, más allá de que en algunas ocasiones se encuentren mencionados tales derechos en normas legales, las políticas oficiales son prácticamente nulas, dejadas a la posibilidad de ejecución de los gobiernos provinciales (que es donde los intereses contrarios a los pueblos

indígenas hallan mayor protección) y carentes de presupuesto adecuado. Además hace unos años que el país se encuentra padeciendo una importante crisis financiera como resultado de someter su economía a las pautas del FMI, lo que ha llevado a la práctica paralización de los escasos programas destinados específicamente a los pueblos indígenas en materia de educación, salud, desarrollo local y justicia comunitaria.

6.

Concluyo aquí con esta descripción sucinta de un panorama poco alentador desde el punto de vista de las políticas públicas destinadas a los pueblos indígenas en la República Argentina. Mas allá del amplio reconocimiento formal de derechos existente en las constituciones y en los tratados de derechos humanos ratificados, los estamentos dominantes de la sociedad argentina conservan una mentalidad y unas prácticas racistas, desdeñosas de las culturas indígenas y admiradoras de la homogeneidad cultural “blanca y europea” en la que creen estar insertos.

Sin embargo, frente a esta cultura oficial, el incremento en cantidad y calidad de la movilización y la organización política indígenas en la Argentina ha sido de una enorme importancia. Sólo gracias a ella podemos encontrar innumerables resguardos y solidaridades en la sociedad civil, particularmente en la militancia social, la intelectualidad y los miembros de los sistemas cultural y educativo, que permiten resistir y aún avanzar pese a olas políticas, como la actual, sumamente adversas al reconocimiento de la diversidad cultural.

Abril de 2019.

THE LEGAL DIFFICULTIES FACED BY INDIGENOUS PEOPLES EXERCISING THEIR RIGHTS IN ARGENTINA

*Juan Manuel Salgado**

This will be a brief exposition about the alarming gap between the amplitude of recognized or *de jure* rights and the almost complete absence of those rights in practice. The Argentine State has adhered to all international human rights treaties that safeguard the rights of indigenous peoples and has recognized the competence of international bodies and tribunals that admit petitions for the fulfillment of those rights. For their part, the texts of the federal Constitution and numerous provincial constitutions include explicit references to the human rights of indigenous peoples. However, there is very little that the different levels of the State do to make these norms effective in reality. Typically, the same State is the main obstacle to compliance. A situation of permanent illegality has been "naturalized" in relation to the treatment of indigenous peoples, which in most cases has been upheld by the judicial system. This scenario has worsened significantly in recent years with the establishment of government policies on the right, supported by the media, which have described indigenous peoples as "enemies" of the State. The situation is, therefore, extremely

* Director of the Human Rights Observatory of Indigenous Peoples (ODHPI), Argentina.

serious, since the usual response to indigenous claims for the realization of their rights consists in violent repression.

1.

The representatives of Argentina before international organizations usually declare that their country has adhered to all human rights treaties that recognize the rights of indigenous peoples and has even accepted the competence of international bodies and tribunals allowing the promotion of complaints and petitions against the State when violations of rights are alleged.

Formally they are right. Argentina has ratified Convention 169 of the International Labor Organization on Indigenous and Tribal Peoples, and it voted favorably for the approval of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the General Assembly of the UN. It has also adhered to all human rights treaties with special relevance to the rights of indigenous peoples: The American Convention on Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child, also recognizing the competence of their bodies to receive individual complaints or requests. Even the federal Supreme Court has established in its rulings that treaties are directly binding, even in the absence of regulatory law, and that in their interpretation the precedents of international human rights bodies and tribunals should be taken as a guide.

On the other hand, both the federal Constitution and numerous constitutions of the provinces contain clauses recognizing the rights of indigenous peoples in line with those treaties.

2.

However, despite all the formal recognitions the effectiveness of the rights of indigenous peoples in Argentina is far from being minimally guaranteed.

In the first place, the abundant recognition of rights at the level of treaties and constitutions contrasts with the almost total absence of federal or provincial legislation that allows their practical operation.

Although the establishment of appropriate and effective mechanisms for consultation and participation of indigenous peoples in relation to the issues that concern them is the "cornerstone" of Convention 169, as expressed by the ILO, such institutional bodies are in complete absence at all levels of the Argentine State (federal, provincial and municipal). Not only is there no legislation that establishes the prior consultation and participation procedures essential both in state decisions that directly affect indigenous peoples and with respect to the use or exploitation of existing resources on their lands, but the very idea of these rights, as well as the concept of autonomy and self-determination that sustains them, is strictly rejected by government officials. In recent years, in addition, the government's position - supported also by most of the mass media - has consisted

in disqualifying the claims of indigenous autonomy and participation, claiming that those who formulate them claim an "independent state", stigmatizing the indigenous mobilization as akin to terrorism.

Although it may seem inconceivable to a foreign observer that the State itself denies in a strict manner rights explicitly recognized in international treaties and in local constitutions, in the domestic sphere this refusal is "naturalized" in such a way that even the majority of the courts at a lower level systematically ignore the validity of those rights as well as the precedents of the federal Court and the Inter-American Court of Human Rights that order their application.

The result is that, on the one hand, the different levels of the State adopt resolutions on a daily basis, affecting the interests of indigenous peoples in a detrimental way, in relation to their lands and territories, their resources, the environment, their education and health, etc., and on the other hand the affected communities and peoples resist the application of those decisions through collective mobilizations. On rare occasions judges constitute a brake on abuses of power. On the contrary, most of the time the judicial structure is the legitimating of violent repression, as has happened in recent years in the state actions that caused the death of Santiago Maldonado and Rafael Nahuel.

3.

The state's refusal to recognize the right to consultation is especially serious in the use of existing resources in indigenous territories. The national law on native forests establishes different categories for the defense of forests, from total conservation to limited and regulated protection. The Legislation indicates that the specific determination of these categories should be made after consultation with the affected indigenous peoples. However, there has been a notable exception to the law's general provisions. This procedure has been left in charge of the provincial governments that openly ignored this mandate and made the protection maps according to the economic interests of extractive companies and landlords, without any form of indigenous consultation or participation.

If the previous violation of rights occurs despite what is expressly provided by the legislation, it is not difficult to imagine what happens when the law says nothing, as in the case of the mining code, also applied to the exploitation of hydrocarbons. Government policy, aggravated in recent years, has consisted of granting mining, oil or gas concessions without any consideration to the presence of indigenous peoples and communities in the affected territories. Although state officials do not ignore the validity of Article 15 of ILO Convention 169 nor the existence of clear and detailed judgments of the Inter-American Court of Human Rights referring to the rights of indigenous peoples in relation to the resources existing in their territories, the federal and provincial authorities have systematically ignored the rights to consultation and participation, without the so-called "Judicial Power" having done something relevant to stop or at least limit this clear abuse of power.

4.

The official policy regarding the recognition of the rights of indigenous peoples to their lands and territories has not adopted the negationism observed in relation to consultation and participation, but has been more hesitant, although here too their results are extremely discouraging.

Despite the multiplicity of indigenous peoples and cultures, the most general aspect of their conflicts with the dominant powers consists in the need to conserve their lands and territories in order to survive, faced with the tendency of the States to strip them of their land or allow others to take it away.” That is why among the variety of their existing claims stands out the insistence on the recognition of the rights to lands and territories and the legal mechanisms that ensure their protection. The federal Constitution of Argentina, since 1994, expressly includes the obligation of the State to guarantee respect for the possession and ownership of lands traditionally occupied by indigenous peoples and communities, which has been the central (and sometimes only) aspect of public policies tending to safeguard their rights.

However, these policies have not been carried out in order to repair the abuses and dispossessions that victimized indigenous peoples for centuries. Indigenous peoples have tacitly consented to the limits imposed on them by those in power. Therefore, the main focus of the permanent confrontation with the State and private entrepreneurs has been the territorial conflicts with communities that claim the wide range of rights recognized in human rights systems.

Therefore territorial conflicts with communities that claim the wide range of rights recognized in human rights systems have been the main focus of permanent confrontation with the State and private entrepreneurs.

This explains why there is no legislation in Argentina to recognize indigenous property. The rights that are mentioned in the constitutions and in the human rights treaties have little practical effectiveness because when the administrations or courts have to resolve conflicts, they usually do so by applying the same civil and administrative laws that facilitated the dispossession.

Important mobilizations by indigenous peoples in 2016 pressured the National Congress to sanction the 26160 law that ordered a survey of indigenous land and territories throughout the country within three years. It suspended evictions during this time period.

Yet, the deadline was not met and most of the survey still has not been conducted, although the prohibition of evictions has been codified by successive laws. Throughout the country, only the lands whose possession caused little or no conflict have been relieved and recognized. On the other hand, those where their determination brings a confrontation with powerful interests, such as what happens in the oil, mining or forest areas, the survey is paralyzed.

In addition, even in cases where the legal procedure has been fulfilled and the federal entity established for its implementation (National Institute of Indigenous Affairs, INAI) has carried it out, the communities do not have simple and effective legal mechanisms to secure their legal status property, especially when it is claimed by individuals.

In summary, despite the forcefulness of the rules that oblige the State to intervene to resolve conflicts and guarantee land to peoples and communities, norms that have also been applied by international tribunals in numerous precedents, Argentina maintains the situation in a state of dangerous uncertainty from the point of view of the realization of rights. In practice, the protection of rights (or the *de facto* adherence to rights) does not depend on the effectiveness of the law but on the particular power relations existing in each case and at each moment. Although territorial rights have been the ones that are recognized by the courts to a greater extent compared to other

rights, their enforcement by judicial means has not ceased to be hazardous, problematic and often precarious.

5.

The low level of compliance with the most basic indigenous rights, such as those that insure land, consultation and participation, allows us to have an idea of the very low state of recognition of indigenous traditional authorities, the respect and promotion of their languages, the maintenance of their educative forms, the conservation of their medicinal practices, the internal resolution of their conflicts, the creation of their own means of communication and the other aspects related to the autonomous development of their own cultures.

In all these cases, aside from the fact that in some occasions these rights are mentioned in legal norms, the official policies are practically nonexistent, left to the possibility of execution of the provincial governments (which is where the interests contrary to the indigenous peoples find greater protection) and lacking adequate budget. In addition, a few years ago the country was suffering from an important financial crisis as a result of submitting its economy to IMF guidelines, which has led to the paralysis of the few programs specifically aimed at indigenous peoples in education, health, local developing and community justice.

6.

I conclude here with this succinct description of an unencouraging outlook from the point of view of public policies aimed at indigenous peoples in Argentina. Beyond the broad formal recognition of existing rights in constitutions and ratified treaties of human rights, the dominant sectors of society retain a racist mentality and practices, disdainful of indigenous cultures and admirers of "white and European" cultural homogeneity in which they believe they are inserted.

However, in the face of this official culture, the increase in quantity and quality of indigenous mobilization and political organization in Argentina has been of enormous importance. Only thanks to it we can find innumerable shelters and solidarities in civil society, particularly in the social activism, the intelligentsia and the members of cultural and educational systems. They allow for and engage in resistance and still progress despite despite political waves extremely adverse to the recognition of cultural diversity, like what happens in the present.

April 2019.