

Volumen 44, Nº 1, 2012. Páginas 39-57

Chungara, Revista de Antropología Chilena

NORMATIVA LEGAL, RECAUDOS ÉTICOS Y PRÁCTICA ARQUEOLÓGICA. UN ESTUDIO  
COMPARATIVO DE ARGENTINA Y CHILE

LEGAL REGULATION, ETHICAL ISSUES AND ARCHAEOLOGICAL PRACTICE.

A COMPARATIVE STUDY OF ARGENTINA AND CHILE

Las cuestiones relativas al patrimonio cultural indígena, y en especial el tratamiento ético de los restos humanos, han motivado importantes cambios que tendrán un impacto creciente en las prácticas de campo y de laboratorio. Sin embargo, esto no parece generar mayores preocupaciones en los arqueólogos, siendo la actitud general de indiferencia y desinterés en debatir estos temas y evaluar sus implicancias en el desempeño profesional. El objetivo de este trabajo es discutir esta temática comparando la situación en Argentina y Chile, teniendo en cuenta el amplio reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas que se ha hecho en los últimos años y los códigos de ética profesionales utilizados a nivel nacional e internacional, con el fin de plantear lineamientos generales sobre los recaudos éticos que podrían contemplarse en el desarrollo de la práctica arqueológica.

Palabras claves: derechos indígenas, arqueología, práctica profesional, código de ética.

1 CONICET-PATRIMONIA-INCUIA, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Avda. del Valle 5737-Olavarría, Argentina. mendere@soc.unicen.edu.ar

2 Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo R. P. Gustavo Le Paige s. j., Universidad Católica del Norte. Calle Gustavo Le Paige 380, San Pedro de Atacama, Chile. payala\_rocabado@hotmail.com

El Reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ámbito Internacional En la segunda mitad del siglo XX, cuando ya se había consolidado en el mundo el proceso de descolonización y se hallaba vigente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas (ONU), se inició un proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas cuyo primer hito fue la adopción, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en 1957. No obstante, esta lucha no se detuvo y unas décadas después fue propuesto uno nuevo con el objetivo de enfatizar el aporte de los pueblos indígenas a la diversidad cultural de la humanidad.

En este convenio, que lleva el Nº 169, se efectuó un amplio reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, aún quedaba un largo camino por recorrer para que los derechos de los pueblos indígenas adquirieran el estatus de derechos humanos.

Algunos hitos importantes en ese sentido fueron la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas aprobada en 1992. A lo que se suma la decisión de la Asamblea General de la ONU de declarar el período

1995-2004 como la Década Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo con el objeto de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de estos pueblos. Como corolario de este proceso y después de más de diez años de haberse adoptado un primer anteproyecto de declaración por parte de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 2007 la Declaración sobre los derechos 40 María Luz Endere y Patricia Ayala de los pueblos indígenas, otorgándole finalmente a estos el estatus de derechos humanos.

#### Patrimonio Cultural y Reclamos Indígenas

Los reclamos de agrupaciones indígenas sobre el patrimonio cultural, especialmente por los restos humanos de sus antepasados, tuvieron su origen en Estados Unidos en los años setenta, en el marco de un fuerte movimiento por los derechos indígenas en ese país (Deloria 1970, 1995; Echo-Hawk y Echo-Hawk 1994), paralelamente a lo cual los aborígenes australianos comenzaron a oponerse a la excavación de tumbas en sus territorios (Hubert 1992:107-108). Estos reclamos generaron reacciones en el ámbito académico, especialmente entre quienes se negaban a aceptarlos en nombre de la "ciencia" (Morell 1995; también Deloria 1992, 1999:72-73), aunque surgieron voces a favor de la necesidad de abrir el debate y reflexionar acerca de estas cuestiones en el seno de la comunidad científica (Webb 1987; Zimmerman 1987). Fruto de las discusiones entre investigadores y representantes indígenas iniciadas durante el primer Congreso organizado por el World Archaeological Congress (WAC) en Southampton, Reino Unido en 1986, se adoptó el Acuerdo de Vermillion (WAC 1990) que marcó un hito en la materia. Este acuerdo contiene los siguientes puntos:

1. Respeto por todos los restos humanos, cualquiera sea su origen, raza, religión, nacionalidad, costumbre y tradición.
2. Respeto por los deseos del muerto en lo referente a la disposición de su cuerpo, si ello es conocido o puede ser inferido, en la medida que sea posible, razonable y legal.
3. Respeto por los deseos de las comunidades locales y de los parientes o guardianes del muerto, en la medida que sea posible, razonable y legal.
4. Respeto por el valor de la investigación científica de partes esqueléticas, momificadas y otros restos humanos (incluyendo homínidos fósiles) cuando se prueba que tal valor existe.
5. El acuerdo sobre la disposición de restos fósiles, esqueléticos, momificados y otros restos debe ser alcanzado mediante una negociación sobre la base del respeto mutuo por el interés legítimo de las comunidades por la adecuada disposición de sus ancestros, así como el interés legítimo de la ciencia y de la educación.
6. El expreso reconocimiento de que el interés de los diversos grupos étnicos así como el de la ciencia son legítimos y deben ser respetados permitirá alcanzar y poner en práctica acuerdos aceptables (en el futuro).

El activismo indígena impulsó la sanción de novedosas normas legales relativas a la repatriación de restos humanos y objetos sagrados en algunos países anglosajones, especialmente en Estados Unidos donde se aprobó en 1990 la ley federal conocida como

NAGPRA (Native American Graves Protection and Repatriation Act)<sup>2</sup>. Esta norma tiene por objeto proteger las tumbas indígenas en tierras federales y tribales, otorgándole a los nativos americanos el control sobre el tratamiento de las tumbas aún no identificadas, al tiempo que prohíbe la comercialización de esqueletos indígenas. Asimismo exige el inventario y la repatriación de los restos humanos que se encuentren en manos de instituciones que reciban fondos federales, así como la devolución de los objetos funerarios o sagrados robados o impropriamente adquiridos y otras propiedades comunales significativas que sean reclamadas por sus dueños tradicionales. Esta ley admite la repatriación si se prueba la existencia de un descendiente en línea directa o demostrando que el bien era propiedad o estaba controlado por la tribu o por alguno de sus miembros. Uno de sus aspectos más novedosos es la flexibilidad de la prueba de la filiación cultural que puede basarse en “información geográfica, de parentesco, biológica, arqueológica, antropológica, lingüística, folclórica, tradición oral, histórica, así como toda otra información relevante u opinión experta”

(Sec.7 a-4). Se admiten dos excepciones a la repatriación. La primera consiste en la acreditación, por parte de los museos, de su derecho de posesión sobre los objetos reclamados (e.g. adquiridos por cesión voluntaria). La segunda, se refiere a los ítems culturales que están siendo objeto de estudios científicos, debiendo hacerse efectiva su devolución dentro de los noventa días de haberse completado dichos estudios (Sec. 7 b).

Las consecuencias de la aplicación de esta ley dieron lugar a encendidos debates en el ámbito académico, en donde se evidenció la preocupación de algunos investigadores que la consideraban un serio riesgo a la continuidad de sus estudios (Anyon y Thornton 2002; Bray 1996; Hurst 2000; Swidler et al. 1997).

Los reclamos indígenas han motivado además cambios en las políticas de algunos museos que Normativa legal, recaudos éticos y práctica arqueológica. Un estudio comparativo de Argentina y Chile 41 decidieron, en algunos casos, retirar los restos humanos de sus exhibiciones y proveer información sobre sus colecciones (e.g. Museo de Pitt Rivers, Oxford) y, en otros, accedieron voluntariamente a su devolución (e.g. Universidad de Cambridge en 1990; el National Museum of Natural History –NMNH– del Smithsonian que accedió a la repatriación de Larsen Bay en 1991) (Endere 2000b).

Algunos códigos de ética profesionales comenzaron a considerar los restos humanos y objetos sagrados asociados como “materiales sensibles” que demandan una especial consideración (e.g. Código de ICOM de 1986). Otras asociaciones han contemplado en sus códigos de ética el reconocimiento del legítimo interés de las comunidades indígenas respecto de los restos humanos de sus ancestros (e.g. Society of Professional Archaeologists Guidelines, 1987; American Association of Museums, Australian Archaeological Association Code, en 1991). Es particularmente interesante destacar que el Código de Deontología del ICOM para Museos<sup>3</sup>, en su versión revisada de 2004, contempla las siguientes recomendaciones:

## 2.5 Materiales culturales delicados

Las colecciones de restos humanos u objetos con carácter sagrado sólo se deben adquirir si se pueden conservar con seguridad y ser tratadas con respeto. Esto debe hacerse de conformidad

con las normas profesionales y los intereses y creencias de las comunidades o grupos étnicos o religiosos de donde provienen, si es que se conocen.

### 3.7 Restos humanos y objetos con carácter sagrado

Las investigaciones sobre restos humanos y objetos con carácter sagrado se deben efectuar de conformidad a las normas profesionales, respetando los intereses y creencias de las comunidades y grupos étnicos o religiosos de los que proceden los objetos.

### 4.3 Exposición de objetos delicados

Los restos humanos y los objetos de carácter sagrado deben presentarse de conformidad con las normas profesionales y teniendo en cuenta, si se conocen, los intereses y creencias de las comunidades y grupos étnicos o religiosos de los que proceden. Deben presentarse con sumo tacto y respetando los sentimientos de dignidad humana de todos los pueblos.

### Derechos Humanos Versus Derecho a la Investigación Científica

Se ha discutido ampliamente el valor jurídico de una declaración de derechos humanos de la ONU en tanto norma de derecho positivo internacional. En primer lugar, es necesario aclarar que una declaración no posee el estatus jurídico de una convención internacional que, al ser ratificada por ley del Estado pasa a formar parte de su derecho interno y, a su vez al depositarse el instrumento de ratificación en el organismo internacional correspondiente, el país se obliga a cumplirla a nivel internacional al constituirse en Estado parte de la Convención. Por el contrario, las declaraciones aprobadas mediante una resolución de la Asamblea General de la ONU sólo pueden tener el carácter de recomendaciones y no constituyen normas de carácter vinculante. No obstante, la opinión dominante en la doctrina afirma el carácter obligatorio de las Declaraciones de Derechos Humanos en forma indirecta, basándose en que los derechos reconocidos en ellas representan “principios generales del derecho de las naciones civilizadas”. Cabe destacar que estos principios constituyen una de las cinco fuentes de derecho internacional reconocidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38.1) para ser aplicadas por ese tribunal. Por otra parte, las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, además de su valor jurídico, tienen importancia moral y política que los Estados no pueden desconocer.

Todas estas consideraciones sirven de base para evaluar el impacto de algunas disposiciones contenidas en la Declaración de 2007 relativas a sitios y colecciones arqueológicas, transcritas a continuación:

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones culturales y costumbres. Esto incluye el derecho de mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones de su cultura pasadas, presentes y futuras, tales como sitios arqueológicos e históricos, artefactos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literatura.

Los Estados garantizarán este derecho a través de mecanismos efectivos, los cuales pueden incluir la restitución, desarrollada conjuntamente con los pueblos indígenas, con respecto a su propiedad cultural, 42 María Luz Endere y Patricia Ayala intelectual, religiosa y espiritual tomada sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación a sus leyes, tradiciones y

costumbres (art. 11).

Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones espirituales y religiosas, costumbres y ceremonias; el derecho a mantener, proteger y tener acceso privado a sus sitios religiosos y culturales; el derecho a usar y controlar sus objetos ceremoniales y el derecho a la repatriación de sus restos humanos.

Los Estados deberán garantizar el acceso a y/o la repatriación de objetos ceremoniales y restos humanos que se encuentren en su poder a través de mecanismos justos, transparentes y efectivos desarrollados en conjunto con los pueblos indígenas involucrados (art. 12).

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, conocimiento tradicional y expresiones culturales tradicionales (...).

También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre su patrimonio cultural, conocimiento tradicional y expresiones culturales tradicionales. Los Estados deben tomar medidas efectivas para reconocer y proteger el ejercicio de esos derechos (art. 31).

#### La Situación Jurídica de los Pueblos Indígenas en Argentina

La primera Carta Magna de Argentina fue aprobada en 1853. Para entonces, los pueblos indígenas que habitaban en el noroeste y el centro del país ya habían sido sometidos, fruto del proceso colonial. Sin embargo, aquellos ubicados en Pampa y Patagonia, tanto como en las áreas selváticas del Gran Chaco se hallaban en libertad y ocupaban territorios no controlados por el gobierno nacional y que eran considerados estratégicos para consolidar su territorio y acceder a los recursos naturales que aquellos explotaban. Es por ello que la Constitución de 1853 se ocupaba de este segundo grupo, autorizando al Congreso “a asegurar la seguridad de las fronteras”, “mantener relaciones pacíficas con los indios” y “promover su conversión al catolicismo” (art. 67 inc. 15). Consecuentemente con ese objetivo en 1879 el gobierno emprendió una guerra contra los indígenas de Pampa y Patagonia, conocida como “la Conquista del Desierto”. Luego de concluida, su estatus jurídico cambió sustancialmente, ellos dejaron de ser pueblos “bárbaros” que debían ser sometidos (art. 1 Ley 752/1875) para ser considerados como “incapaces de derecho” y objeto de asistencia permanente por parte del Estado (e.g. Decreto de 1899 de Defensa Legal de los Aborígenes; Leyes 1311/1883 y 1744/1885). Su confinamiento en reservas y reducciones tenía el propósito de escolarizarlos e inculcarles hábitos de trabajo productivo. Esta política de “colonización y domesticación” (Carrasco 2002) se mantuvo invariable por décadas. Durante los tres gobiernos radicales (1916 y 1930) se reconocía desde el discurso oficial la necesidad de efectuar una reparación histórica y cultural con los pueblos indígenas garantizándoles el acceso igualitario a las garantías constitucionales. Sin embargo, seguía imperando la política de tutela sobre estas comunidades por lo que su único resultado fue la creación de una Comisión Honoraria de Reducciones de Indios. Hacia 1946 se produjo un cambio hacia la “integración sociocultural” de los indígenas al ser incorporados al padrón electoral y otorgarles los documentos para votar en las elecciones que llevó al gobierno a Juan D. Perón (1946-1955) (Carrasco 2000, 2002). Se creó la Dirección de Protección del Aborigen y el Instituto Étnico Nacional, se modificaron las cláusulas relativas a “los indios” en la reforma constitucional de 1949 y se ratificó el Convenio 50 de la OIT. Sin

embargo, estas políticas de integración se vieron truncadas con el golpe de Estado de 1955 (Slavsky 1992, 1997). En la década de los sesenta se comenzó a desarrollar una política de corte indigenista. La ratificación del Convenio 107 de la OIT mediante la Ley 14.932/59 y la creación de un Consejo de Asuntos Indígenas en 1961, sumado al primer censo indígena de 1966 fueron sus principales hitos. Los cambios más significativos, sin embargo, se producirían luego del retorno de la democracia en la década de 1980. En efecto, la Ley 23.302/85 sobre “política indígena y apoyo a las comunidades indígenas” reconoce el estatus legal de las comunidades indígenas<sup>4</sup> y declara: ...de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades existentes en el país, y a su defensa y Normativa legal, recaudos éticos y práctica arqueológica. Un estudio comparativo de Argentina y Chile <sup>43</sup> desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades (art. 1). Esta norma creó, además, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) como una entidad descentralizada que debe llevar un Registro de Comunidades Indígenas –a las que se les otorga personería jurídica– y elaborar planes de adjudicación y explotación de tierras, de educación y de salud. Se prevé la participación de estas comunidades en la implementación de la ley a través del envío de representantes a un Consejo de Coordinación de carácter consultivo (Dec. 155/89 arts. 7 i y 10). En 1992 Argentina ratificó por Ley 24.071 el Convenio 169 de la OIT aunque el instrumento de ratificación se depositó recién en el 2000, año en el cual adquirió jerarquía constitucional en virtud del art. 31 de la CN. Este convenio no sólo coincide con el criterio de autorreconocimiento étnico adoptado por la Ley 23.302 como base para la definición de los pueblos indígenas, sino que establece que los gobiernos deben “asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos (sociales, económicos y culturales) de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1, también 2.b). Asimismo se dispone que “deberán protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos (...)” (art. 6).

Finalmente la Constitución Nacional reformada en 1994, en su art. 75 inc. 17, reconoce “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, garantizando – concurrentemente con las provincias– “el respeto a su identidad y asegurando su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”. Este último párrafo ha sido interpretado como una admisión implícita al derecho de participar en la gestión del patrimonio cultural de sus antepasados (Endere 2000a:56). Como se observa existe un reconocimiento significativo a los pueblos indígenas en las normas de mayor jerarquía de Argentina. Sin embargo, esos derechos no siempre son contemplados en la legislación derivada –nacional o provincial– y mucho menor aún es su grado de observancia en la práctica.