

Retos en el reconocimiento al efectivo ejercicio del derecho a la participación.

Silvia Mónica Fariña¹

Introducción

En nuestro país, el marco normativo que define la forma en el que Estado argentino debe relacionarse con los pueblos originarios está reconocido por la Carta Magna, al haber incorporado en el art. 75 inc.17, sumado a la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, a la reciente aprobación de la Declaración Americana de los derechos de los Pueblos Indígenas, por citar los instrumentos legales más importantes.

Hablar de autodeterminación de pueblos internos dentro de un estado no conlleva el extremo que algunos afirman de afectar la unidad nacional que proclama el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional.

Entra en juego entonces, para el mejor entendimiento, la concepción de pluralismo jurídico, es decir, el reconocimiento de la diversidad cultural en un Estado –único- que admite la existencia de diversidad de comunidades que tienen cosmovisiones propias, tradiciones, usos y costumbres. En este sentido nuestro país con la inclusión en la reforma constitucional del año 1994, forma parte de la corriente de países americanos que han reivindicado los derechos de los pueblos originarios, reconociendo su preexistencia étnica y cultural, admitiendo que son anteriores a la conformación del Estado, y que tienen derechos diferentes al resto de la sociedad, en concordancia con el convenio 169 de la OIT.

Tal como lo sostiene Stavenhagen, “...una forma de reconocimiento de los derechos étnicos y culturales es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. En cambio una forma de violación de los derechos humanos de los indígenas es la negación, por parte del estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la denegación de algunos de los derechos individuales contenidos en los instrumentos internacionales (de derechos humanos)...”²

Este reconocimiento implica entonces para ser efectivo, que se fijen herramientas precisas y eficaces para que los integrantes de las diferentes comunidades puedan resolver los conflictos.

¹ UNS

Moni_farina@hotmail.com

² STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho consuetudinario indígena en América Latina” publicado, por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México, año 1990, pág. 39.

Resulta a todas luces importante resaltar que nuestra CSJN a través de la Acordada nro. 5/2009 adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en la ciudad de Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008. La Regla nro. 48 dice: “Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Participación.

Si bien el art. 75 inc. 17 de la CN está previéndola expresamente, dicha norma solamente ratifica lo previsto por el art. 14 de dicho cuerpo. De este modo nuestra ley fundamental asegura la participación de los pueblos originales en la gestión relativa a sus recursos naturales e intereses que los afecten.

El citado Convenio 169 de la OIT³, en su art. 1 determina respecto de quienes se aplica, afirmando en su art. 2, y respecto del otro actor del convenio- el gobierno- que es quien debe asumir la responsabilidad de desarrollar medidas que protejan los derechos de estos pueblos siempre y cuando sea con su participación. Los estados deben diagramar acciones que aseguren la igualdad de derechos y oportunidades en la legislación nacional, promover la plena efectividad de los mismos y eliminar las diferencias socioeconómicas existentes. Específicamente el art. 6 postula la necesaria participación de estos pueblos en medidas que se tomen vinculadas a ellos, debiendo ser consultados antes de que sean tomadas.

La ley 23.302 es la norma por excelencia respecto a la trascendencia de los derechos indígenas, toda vez que los declara como de interés nacional.

En el título III establece la creación y configuración del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), dicho organismo es una entidad descentralizada con participación indígena, que depende en forma directa del Ministerio de Desarrollo Social. Dentro de su órbita, se creó el Consejo de Participación Indígena (CPI), concebido como espacio para todos los asuntos que requieran de un proceso de consulta y participación, entre los intereses particulares y del Estado Nacional. También la ley 25.607 plasmó la necesidad de incrementar la participación en la gestión y políticas estatales.⁴

Garantías a ese derecho.

El panorama normativo ha de ser confrontado con el fenómeno de instalación de empresas transnacionales en territorios de las comunidades indígenas, y el tema que nos convoca es el de la falta de consulta previa y el consiguiente atentado a su hábitat, forma de vida y en caso expulsión de sus tierras. Huelga decir que en caso de llevarse a cabo los

³ Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es una revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, fue aprobado por la ley nacional 24.701.

⁴ ARTICULO 1º: Establécese la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

programas propuestos por dichas empresas, los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible de los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir a consecuencia de ellas. Deberían poder decidir sobre la base de sus necesidades y prioridades en las medidas en las que afecten sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y poder controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. En tal sentido el convenio 169, art. L y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 23 y 32) ha previsto que dichos pueblos deberán participar de la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.

Los gobiernos necesariamente deben efectuar estudios en cooperación con los pueblos interesados para poder evaluar la incidencia sobre su cultura y medio ambiente.

Según el art. 29 de la normativa citada dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Y es ahí que los estados deben establecer y ejecutar programas de asistencia a dichos pueblos para que puedan asegurar esa conservación y protección, sin ningún tipo de discriminación.

Para evitar esa vulneración de los derechos es preciso que la consulta se lleve a cabo mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, ello para respetar que su consentimiento sea libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo o la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, promoviéndose mecanismos de reparación eficaces.

Para llevar a cabo esa consulta deben establecerse los medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente a todos los niveles. Vale decir que debe primar la buena fe y que se adecue a las circunstancias.

Respecto de lo que sucede en nuestro país en el año 2011 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, sostuvo que “*... en Argentina existen todavía legados de la época de la colonización y la historia de exclusión de los pueblos indígenas siguen siendo muy visibles. Ésta se manifiesta de diversas formas como por ejemplo las condiciones de desventaja que sufren los pueblos indígenas en diversos ámbitos, la falta de una adecuada protección de sus derechos sobre sus tierras tradicionales, y el continuo desarrollo de patrones de marginalización de discriminación hacia ellos*”.⁵

En general planteó la falta de una política adecuada que priorice y atienda la formulación y la implementación de políticas públicas destinadas a hacer efectivos los derechos reconocidos por la legislación nacional e instrumentos internacionales a los que adhirió nuestro país, y una ausencia de procesos de consulta que cumplan con los estándares

⁵ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina A/HRC/21/XX/Add. Y Consejo de Derechos Humanos, ONU. Julio de 2012, pág. 5, párrafo 9.

citados. Y exhortó a que tanto el gobierno nacional como provincial desarrollen estudios exhaustivos sobre los posibles impactos y puedan tomarse las medidas adecuadas.

Así la consulta es un proceso de diálogo y negociación que, como dije, involucra la buena fe de ambas partes y tiene por finalidad alcanzar un acuerdo mutuo. La consulta es la forma de garantizar el derecho de los pueblos originarios y tribales a participar de los asuntos susceptibles de afectarlos. Debe propender a obtener el consentimiento libre e informado y no puede limitarse a una notificación o a un simple trámite de cuantificación de daños. En tal sentido se ha pronunciado la CIDH.⁶ Es preciso asimismo que el Estado de un paso más, esto es, que no se agote en una serie de requisitos pro forma, sino que deben prestarle la debida consideración a los resultados de la consulta y si no se hace en las situaciones en los que sea un requisito fundamental, dar las razones objetivas y razonables por las cuales no se tomó en consideración.

La consulta no es solo una decisión del conjunto, es también individual, por ello el requisito de la participación plena de los pueblos en la determinación, requiere como mínimo, que todos y cada uno de los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual y colectivamente. Por tanto, este requisito no ha sido debidamente respetado por las autoridades administrativas si hay miembros que no tuvieron la oportunidad de jugar un rol pleno o efectivo en la decisión.

Sumado a lo expuesto precedentemente es preciso señalar que la representación de los pueblos durante el proceso de consulta debe ser la que determine el propio pueblo de acuerdo a sus tradiciones, canalizados a través de sus mecanismos consuetudinarios. La comunidad determinará de acuerdo a sus costumbres quienes serán sus representantes y las autoridades tratarán con ellos.

La realización de la consulta es responsabilidad del Estado y no de las otras partes que pueden formar parte de determinado contrato de inversión o concesión. Se ha generado a veces una privatización de facto de la responsabilidad estatal, desviándola hacia las empresas.

En este aspecto, sobre la responsabilidad estatal, el Relator Especial de la ONU indicó que “... *el deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato*”. El relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juegos sus intereses

⁶ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34 del 28 de junio de 2007, párr.. 248.

particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.⁷

Es necesario que este deber estatal de consulta se encuentre regulado en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas, tal como lo prevén los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana. Esta es la manera de garantizar plenamente el principio de legalidad y certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia de tal regulación no exime de responsabilidad.

Características de la consulta.

1. Previa: esto implica que se lleve a cabo durante la fase exploratoria o de la planificación de determinado proyecto, plan o medida, con la suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución. Desde que se está analizando la evaluación del otorgamiento de la concesión los estados, de antemano, deben estar garantizando la intervención de la comunidad.
2. Culturalmente adecuada: esto es de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, usando procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. Asegurándose que su representación se defina de acuerdo a esas costumbres propias.
3. Informada: ello quiere significar que la información provista sea precisa acerca de la naturaleza y consecuencias del proyecto. En este sentido los estados deben tomar medidas para asegurar que los miembros de las comunidades puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles en caso de ser necesario, intérpretes.
4. De buena fe: esto implica que sea realizada con la finalidad de llegar a un acuerdo. Buena fe implica ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de los agentes que actúen en su representación o con su autorización.

Resoluciones judiciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha llevado a cabo el control de la actuación de otros poderes en casos en los que se encontraban en juego el reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas.

Sostuvo que “...los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional...” (Fallo 331:2797 “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo” sentencia del 29 de diciembre de 2008), citado en autos “Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, provincia y otros s/ daño ambiental” del 24 de abril de 2012. Jurisprudencia también sostenida en Fallos 333:1023.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en otro fallo por unanimidad, suspendió el 21 de diciembre de 2016, provisoriamente las obras de las represas “Kirchner” y “Cepernic” en la provincia de Santa Cruz. La decisión fue adoptada con la firma de los cinco ministros en la causa “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/

⁷ Documento ONU citado, párr..44.

Santa Cruz, provincia de y otro s/ amparo ambiental” y CSJ 4390/2015 y “Fundación Banco de Bosques para el Manejo Sustentable de los Recursos Naturales c/ Santa Cruz, provincia de y otros s/ incidencia de medida cautelar”. En su medida cautelar que suspende las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el momento en que dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término.

Conclusión.

No obstante ello, y después de varios años de vigencia de los derechos reconocidos, queda mucho por hacer tanto en materia de derechos territoriales, de inscripción de personería jurídica, de acceso a la justicia y de la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, y de ejercicio del derecho a la participación ..

Problemas y retos que enfrentan como grupo vulnerable, que son producto de largos procesos históricos y de causas estructurales, y que ha quedado demostrado, no han podido resolverse solamente con el reconocimiento constitucional de su identidad cultural y derechos inherentes.

Cabe recordar que las disposiciones constitucionales y legislación sobre respeto de los derechos de los pueblos originarios deben acompañarse con el desarrollo e implementación de políticas y acciones del Estado para su aplicación, con la participación de ellos. Por lo tanto debe propenderse sin más demora a que cuenten con mecanismos administrativos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos. Mecanismos y procedimientos que siguen siendo una deuda pendiente en nuestro país, y que el poder judicial, está llamado a garantizar. Es muy importante que los operadores del proceso judicial no pierdan de vista que la efectividad de la protección judicial radica en la oportunidad. *“El derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan los casos con celeridad, particularmente en los casos urgentes”*⁸. Es decir que no escapa a los principios generales de efectividad del reconocimiento judicial, que debe hacerse en un plazo razonable, que no convierta el derecho en ilusorio.

Como corolario entonces de este trabajo, cabe esbozar una vez que ojalá el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nación, sea mucho más que la cláusula simbólica que viene apareciendo hasta la actualidad. Que sea el juego armónico y logre efectivizarse en mandato del inc. 19 en punto a la obligación que le impone al congreso Nacional de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural. Hasta que ello ocurra, el poder judicial sigue siendo un importante actor en el resguardo de los derechos de los pueblos originarios.

Bibliografía.

- Bidart Campos, Germán J. “La descentralización política de las comunidades indígenas: que nos aporta la ciencia política para el Derecho Constitucional” LL- 2001- C, pág. 1417.
- CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34 del 28 de junio de 2007, párr.. 248.

⁸ CIDH, Informe nro. 40/04, CASO 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), del 12 de octubre de 2004, párr.. 176.

- Constitución Nacional.
- Convenio 169. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.
- Convenio 107. Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en Argentina A/HRC/21/XX/Add. Y Consejo de Derechos Humanos, ONU. Julio de 2012, pág. 5, párrafo 9.
- CIDH, Informe nro. 40/04, CASO 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), del 12 de octubre de 2004, párr.. 176
- Ley 14.932. Ratificación del Convenio 107 de la OIT.
- Ley 24.071. Ratificación del Convenio 169 de la OIT.
- Ley 23.302. Atención y Apoyo a los Aborígenes y a las Comunidades Indígenas.
- Ley 25.607. Promoción y Difusión de los Derechos Indígenas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Acordada nro. 5/2009 CSJN
- Rosatti, Horacio Daniel, “Status Constitucional de los Pueblos Indígenas Argentinos” en La Reforma de la Constitución- Ed. Rubinzal Culxoni, Santa Fe, 1994.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: “Derecho consuetudinario indígena en América Latina” publicado, por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México, año 1990.