

SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Documento elaborado por el Grupo de Apoyo jurídico para el acceso a la tierra (GAJAT) y el Centro de incidencia y análisis político (CIAP). Ambos son parte del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS).

Introducción

*La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 reconoció la **preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas** en el inciso 17 del art. 75. Posteriormente, en el año 2001, entró en vigencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en el 2007, nuestro país firmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*

Todas estas herramientas, constituyen un marco normativo fundamental aunque aún no haya sido plenamente internalizado por el Estado en el desarrollo de políticas públicas ni en sus tribunales.

*Uno de los ejes del Convenio 169 es el **derecho a la consulta**. Éste es un instrumento, para proteger otros derechos fundamentales allí regulados, frente a la adopción de medidas estatales que puedan afectar la vida cotidiana o supervivencia de los pueblos indígenas (por ejemplo: actividades extractivas, explotación de bosques, etc.).*

Sin embargo, no debe perderse de vista que el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales son los derechos que esencialmente se pretende proteger mediante la misma consulta.

A continuación, desarrollaremos algunas características del derecho a la consulta y su relación con el consentimiento previo, libre e informado. También realizaremos algunas consideraciones sobre su interpretación y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos, y, finalmente, propondremos una guía para su aplicación.

Derecho a la Consulta. Consentimiento previo, libre e informado. La particularidad del consentimiento.

La consulta es un derecho de los pueblos indígenas y, por ende, bajo ningún concepto puede ser salteada o evitada.

Es una garantía que opera para salvaguardar derechos fundamentales de los pueblos indígenas: tierra, territorio y recursos naturales, definir sus prioridades y modelo de desarrollo y el derecho a su existencia e integridad física y cultural como pueblos. En este último punto se incluye la protección del medio ambiente de los pueblos indígenas.

El Estado argentino ha firmado varios instrumentos internacionales que lo obligan a realizar el procedimiento de consulta previa, principalmente Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de Pueblos Indígenas y Tribales de la ONU.

Un acto que no cumpla con la consulta deberá ser declarado como nulo.

“El Convenio dispone que los gobiernos tienen la obligación de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, acciones coordinadas y sistemáticas para proteger los derechos y garantizar la integridad de esos pueblos.”

**Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.
Observación general sobre el Convenio núm. 169., año 2009.**

La consulta: participación y decisión comunitaria

Es el Estado, en todas sus instancias (nacional, provincial o municipal) el obligado a llevar adelante el procedimiento de consulta, siempre que evalúe la adopción de medidas legislativas (como leyes u ordenanzas) o administrativas (principalmente las que lleva adelante el Poder Ejecutivo; como la licitación de un área hidrocarburífera, un plan de salud o educación, etc.) que puedan afectar a pueblos indígenas.

La consulta es una herramienta para la participación e incidencia de los pueblos indígenas en los mecanismos de decisión públicos. El Estado es garante de que el proceso sea llevado con buena fe, en base al diálogo fluido y, primeramente, que la medida propuesta acarreará beneficios al pueblo consultado.

Para que una comunidad sea reconocida como indígena no necesariamente tiene que tener un título emitido por el Estado. El Convenio 169 afirma que se identificarán a los pueblos indígenas

como aquellos que desciendan de poblaciones originarias pero también a aquellas que se reconozcan como parte de un pueblo indígena.

El consentimiento es el horizonte del proceso de consulta, esto es lograr acuerdos y participación de los pueblos indígenas en los mecanismos de decisión estatales. Si el proceso se realiza de acuerdo a los parámetros acordados y no se llegan a consensos, aunque no es lo conveniente, el Convenio 169 autoriza al Estado a adoptar una decisión unilateral. De ser este el caso, aun así el Estado debe garantizar la vigencia de los derechos indígenas: tener en cuenta el mejoramiento de los pueblos indígenas, recibir beneficios (en caso que los hubiera) y no debe existir afectación a la integridad de los pueblos.

Sin embargo, hay veces que el consentimiento es un requisito para la ratificación de la consulta. El Estado no podrá llevar adelante acciones sin el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. Estos casos son:

1. Cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales.
2. Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios.
3. Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas. Estos se definen como aquellos donde exista la posibilidad de: i) la pérdida de territorios y tierra tradicional, ii) el desalojo, iii) la migración o el posible reasentamiento, iv) el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, v) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, vi) la desorganización social y comunitaria, vii) impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración, o viii) abuso y violencia.
4. Cuando se trata de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

La consulta debe ser libre, esto es que no debe haber coerción, intimidación, manipulación o presiones exteriores, entre ellas, incentivos de dinero. El Estado tiene que aportar los recursos para que las deliberaciones se puedan realizar en buenas condiciones. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas. Lo importante es que la consulta se canalice a través de las organizaciones que sean fruto de las decisiones internas de la comunidad, estas pueden ser desde las tradicionales (consejo de ancianos, asambleas, etc.) como las contemporáneas (parlamentos indígenas, dirigentes electos, etc.). La consulta puede ser dirigida a varias instancias u organizaciones, en tanto se acuerde que esto le da mayor representatividad y legitimidad a los procesos. El Estado, ateniéndose a la buena fe, debe asistir a

“Los efectos económicos, sociales y culturales a largo plazo de los grandes proyectos de desarrollo en los medios de subsistencia, la identidad, la organización social y el bienestar de las comunidades indígenas deberán incluirse en la evaluación de los resultados previstos y se deberán seguir de cerca de manera regular.”

“Cuando los grandes proyectos de desarrollo invadan territorios indígenas tradicionales o dominios ancestrales, los derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos.”

“¿Qué es un proyecto de desarrollo a gran escala? Procesos de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada; la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma; la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo; la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares.”

Relator Especial de la ONU sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

las comunidades para garantizar la representatividad. Esto incluye sortear limitaciones materiales e institucionales como también lingüísticas, donde, si fuera necesario, se deberán buscar intérpretes. En este sentido, las formas de organización indígena no pueden ser presionadas por plazos que no consideren pertinentes. La cuestión del tiempo, o plazos obligados, tiene que ser acordados con el Estado, de forma que se garantice un pleno proceso de participación.

Asimismo, su inicio debe ser previo a cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar a pueblos indígenas. Esto es para que la producción y recopilación de la información (como también la traducción necesaria) pueda dar fruto a un debate pleno. En este sentido, y como decíamos, no puede haber limitaciones temporales. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado. En casos de procesos largos, como actividades extractivas, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Asimismo, se deberán realizar consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas. Por ejemplo: lotización, exploración, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Otro punto es que se deberán

entablar reuniones para determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios y, por tanto, indemnizaciones.

El carácter de informado obliga a que se reflejen todas las opiniones y puntos de vista intervinientes en el proceso, esto incluye la información producida por las instancias gubernamentales como la de las comunidades y su visión tradicional. Debe abarcar por lo menos los siguientes aspectos: a) naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b) la razón o razones o el objeto del proyecto o la actividad; c) la duración; d) la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e) una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f) el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y g) los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

La consulta no se agota con la mera información. El proceso no es únicamente información desde el Estado a las comunidades. El objetivo primordial de esta es la creación de instancias de diálogo hacia la construcción de acuerdos. Por eso mismo, la forma en que se realizará la consulta se decide en el mismo proceso de consulta, de acuerdo a las prácticas tradicionales y organizaciones legítimas de un pueblo. La consulta debe ser de buena fe dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. Esto es brindar no solamente información apropiada y completa, sino también la oportunidad (y los recursos) para producir prueba necesaria, contratar técnicos, y, sobre todo, “verdaderos esfuerzos” por parte del Estado en llegar a un acuerdo. Entonces, la opinión y demandas de las comunidades deben ser recibidas por el Estado y tenida en cuenta a la hora de la implementación de políticas públicas.

“Los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo.”

Caso Saramaka c. Suriname, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bibliografía:

Gomiz, M. y Salgado, J. (2010), Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas, su aplicación en el derecho interno argentino.

Yrigoyen Fajardo, R. (2009), De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la Consulta y el Consentimiento.

Galvis Patiño, M. (2010). Consulta, consentimiento y veto.

Due Process of Law Foundation (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Contacto:

Grupo de apoyo jurídico por el acceso a la tierra

gajat@ceppas.org

011 – 4373-6303/4

Talcahuano 256 2do, Buenos Aires, Argentina.

PISOS MÍNIMOS PARA PENSAR UN PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

EL DERECHO A SER CONSULTADOS

Los pueblos indígenas y sus instituciones representativas tienen el derecho fundamental a ser consultados respecto de toda medida de carácter legislativo o administrativo susceptible de afectar, directa o indirectamente, sus derechos o integridad como pueblos.

LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE REALIZAR EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

El Estado, en todos sus niveles, tiene la obligación de realizar un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas en toda medida de carácter legislativo o administrativo susceptible de afectar, directa o indirectamente, sus derechos o integridad como pueblo.

FINALIDAD DEL PRODECIMIENTO DE CONSULTA

Obtener el consentimiento del o los pueblos afectados por la medida respecto de la que se realiza la consulta.

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Carácter previo: debe realizarse con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada.

Obligatoriedad: el Estado, en todos sus niveles, está obligado a llevar a cabo un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas sobre toda medida legislativa o administrativa que involucre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.

Buena fe: dentro del procedimiento de consulta debe prevalecer la buena fe, lealtad y honestidad entre el Estado y los pueblos indígenas. El Estado deberá realizar hasta el máximo de sus esfuerzos para que el procedimiento se realice dentro de un contexto de confianza entre las partes, que propicie un diálogo fluido y sincero.

Libertad: la voluntad de los pueblos indígenas debe expresarse genuinamente; libre de toda coerción, intimidación o manipulación.

Información adecuada: el Estado deberá brindar información completa, adecuada y veraz sobre las consecuencias económicas, sociales y culturales a largo plazo de la medida consultada.

Adecuación cultural: el procedimiento de consulta deberá realizarse respetando los modos tradicionales de organización y de toma de decisiones de los pueblos indígenas.

Carácter vinculante: las decisiones a las que arriben los pueblos indígenas como resultado del procedimiento de consulta serán de carácter vinculante y cumplimiento obligatorio para el Estado.

Amplitud: el procedimiento de consulta deberá permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos indígenas. Deberá garantizar la participación de todos los afectados a través de sus organizaciones representativas, tanto tradicionales como contemporáneas.

Accesibilidad: el Estado deberá garantizar los recursos presupuestarios y logísticos necesarios para permitir la plena participación de los pueblos indígenas consultados.

PROCEDIMIENTO. ETAPAS

El procedimiento de consulta previa comprende todas las acciones del Estado dirigidas a consultar a los pueblos indígenas sobre medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar, directa o indirectamente, sus derechos o integridad como pueblos. Incluye las siguientes etapas: 1) Identificación y contacto con los pueblos potencialmente afectados; 2) Reuniones informativas y explicativas; 3) Elaboración de un plan de consultas; 4) Toma de decisiones de los pueblos; 5) Adopción e implementación de los acuerdos.

PRINCIPIO PRECAUTORIO

En caso de peligro cierto y grave para la supervivencia de los pueblos indígenas, el Estado no podrá alegar la ausencia de información o certeza científica para postergar la adopción de medidas eficaces, para tutelar los derechos de los pueblos.

VEEDORES

Representantes de organizaciones de la sociedad civil defensoras de los derechos humanos y de los derechos indígenas, serán designados, de común acuerdo entre las partes, como veedores del procedimiento de consulta. Los veedores deberán brindar informes periódicos sobre el desarrollo del procedimiento y su adecuación con el presente reglamento y a los estándares internacionales de derechos humanos.

BENEFICIOS COMPARTIDOS

Los pueblos indígenas tienen derecho a una participación justa y equitativa en los beneficios económicos que se deriven de la adopción de la medida consultada.

INDEMNIZACIONES

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una compensación económica por toda pérdida o daño que se derive de la implementación de la medida legislativa o administrativa consultada.

OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Será nula de nulidad absoluta toda medida de carácter legislativo o administrativo susceptible de afectar, directa o indirectamente, sus derechos o integridad como pueblos que haya sido adoptada omitiendo el procedimiento de consulta previa.

Las funcionarias y funcionarios que omitan realizar el procedimiento de consulta serán pasibles de sanciones administrativas y penales que les correspondan.

CLÁUSULA INTERPRETATIVA: rigen supletoriamente todas las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.