
**EL POTENCIAL PROBLEMA DE LAS LICENCIAS
SOCIALES PARA LOS PROYECTOS ENERGÉTICOS:
EL CASO DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS**

Tesista: Abg. ROBERTO C. ALTAMORE

Directora de Tesis: Dra. LEILA DEVIA

Buenos Aires, 2021



CEARE

MAESTRÍA INTERDISCIPLINARIA EN ENERGÍA

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA ENERGÉTICA

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 DEFINICIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	4
1.2 CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN	4
1.3 RELEVANCIA DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN Y APOORTE PROYECTADO	5
2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	5
2.1 OBJETIVOS.....	6
2.2 METODOLOGÍA	6
3. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
A – ANÁLISIS NORMATIVO.....	7
A.1 – <i>ESTADO DEL ARTE</i>	7
A.1.1. Definiciones conceptuales	7
A.1.2. Comunidades originarias que habitan en la República Argentina	12
A.1.3. Relación de los pueblos indígenas con la naturaleza y el territorio. Su particular cosmovisión	14
A.1.4. Acerca del contexto histórico- normativo de la cuestión indígena.....	16
A.2 – <i>IDENTIFICACIÓN DE NORMAS</i>	18
A.2.1. Legislación internacional	19
A.2.2. Legislación nacional	37
A.2.3. Constituciones Provinciales	45
A.3 – <i>APLICACIÓN DE LA NORMATIVA</i>	48
A.3.1. Operatividad de las normas que regulan el derecho de consulta y participación.....	48
A.3.2. Ubicación jerárquica de los Convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico interno.....	52
A.3.3. Diferencias entre el Derecho consuetudinario indígena y el Derecho positivo “Occidental” en cuanto a la utilización de las tierras y sus recursos.....	54
A.3.4. El consentimiento libre, previo e informado.....	58
A.3.5. Cumplimiento de la normativa en Argentina. Necesidad de reglamentar el proceso de consulta.....	62
B – ESTUDIO DE CASOS	64
B.1 – <i>SELECCIÓN DE CASOS</i>	65
B.1.1. Caso N° 1: Represas hidroeléctricas en el Río Santa Cruz	65
B.1.2. Caso N° 2: Exploración y explotación del litio en Salinas Grandes	70
B.1.3. Caso N° 3: Exploración y explotación de hidrocarburos en El Umbral y Los Leones de la localidad de Picún Leufú (Provincia del Neuquén).....	75
B.2 – <i>DESCRIPCIÓN DE LOS RECLAMOS</i>	76
B.2.1. Demanda de la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu (Caso N° 1)	76
B.2.2. El reclamo de las comunidades aborígenes de Salinas Grandes (Caso N° 2)	78
B.2.3. El conflicto entre la empresa “Petrolera Piedra del Águila S.A.” y la Comunidad Mapuche Huenctru Trawel Leufú (Caso N° 3).....	80
B.3 – <i>EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS</i>	82
B.3.1. Sentencia dictada en la acción de amparo iniciada por la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu contra el Estado Nacional y otros (Caso N° 1).....	82
B.3.2. Fallo de la CSJN en la causa iniciada por la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos (entre otras), reclamo internacional y situación actual (Caso N° 2)	86
B.3.3. Rechazo del amparo incoado por la empresa “Petrolera Piedra del Águila” y control de convencionalidad (Caso N° 3).....	89
C – DISEÑO DE MODELO	92

C.1	– PROPUESTA DE MODELO DE CONSULTA.....	92
C.1.1.	Etapa preliminar	93
C.1.2.	Plan de Consulta.....	94
C.1.3.	Etapa de diálogo intercultural	95
C.1.4.	Etapa de evaluación interna	96
C.1.5.	Etapa decisoria	96
C.1.6.	Etapa de monitoreo	96
C.2	– REFLEXIÓN FINAL.....	98
4.	FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.....	99
4.1	FUENTES INFORMATIVAS.....	99
4.2	BIBLIOGRAFÍA	99

1. INTRODUCCIÓN

1.1 DEFINICIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

El objeto de este trabajo es investigar y exponer el potencial problema que representan las licencias sociales para los proyectos energéticos (con enfoque en el caso de las comunidades originarias), y la necesidad de encarar un proceso de consulta adecuado, de manera previa al avance de las obras, a fin de minimizar contratiempos e impactos adversos.

1.2 CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

Los proyectos energéticos resultan indispensables para el desarrollo de cualquier país. En ese orden, el crecimiento demográfico y la expansión de las economías hacen necesario contar con una planificación estratégica de largo plazo, tendiente a cubrir la creciente demanda de energía. Esa planificación, en gran medida, se traducirá en una diversidad de obras para lograr abastecer el aumento del consumo, y no podemos desconocer que cualquier actividad de este tipo produce algún impacto o afectación sobre el ambiente (entendido tal concepto en sentido amplio).

En relación al término ambiente, se ha dicho que: *“en él queda incluido lo natural y cultural, los seres vivos y las relaciones entre ellos y con su entorno, lo social y los recursos naturales, los elementos inertes y los organismos vivos, la conjunción dinámica entre todos ellos, el hombre y los animales, las plantas, los recursos y lo cultural, lo construido por el hombre”*¹. En ese gran conjunto, la magnitud de los impactos dependerá de la obra o proyecto en particular, y esa afectación, además, puede ser evaluada como positiva o negativa, en razón de un sinnúmero de factores.

En tal escenario, entre la infinidad de impactos que una obra energética podría generar, interesa al objeto de la tesis la afectación socio ambiental, que puede tener variada incidencia sobre las costumbres y el patrimonio cultural, arqueológico e histórico de las comunidades en general. Considera Lorenzetti que, entre los conflictos sobre bienes colectivos se encuentran los derivados del ambiente, considerando el patrimonio cultural *“...que incluye aquellos aspectos que tienen un valor simbólico para la comunidad basado en su historia o en su apreciación objetiva”*.²

Los pueblos indígenas tienen una protección jurídica especial, contemplada actualmente en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre muchas otras normas. Ese convenio fue aprobado en Argentina a través de la Ley 24.071, sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril de 1992 (publicación B.O. 20/4/92). El Poder Ejecutivo dictó el instrumento de ratificación el 17 de abril del 2000, y depositó dicho instrumento en la OIT el 3 de julio de ese año. Según la reglamentación internacional, el *“Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”* (Art. 38.3); por ello se afirma que el Convenio

¹ FALBO, A. J., *Derecho Ambiental*, La Plata, Ed. Librería Editora Platense, 2009; p. 19 y 20.

² LORENZETTI, Ricardo L.; *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni. 1° Ed. 2010; p. 113 y 114.

169 rige en Argentina desde el 3 de julio de 2001.

En virtud de ese marco legal (además de otras normas aplicables que se explicarán a lo largo de este estudio), cuando existe la posibilidad de desarrollar un proyecto de energía próximo a poblaciones originarias, es decir, susceptibles de ser afectadas directamente, se debe partir de la base de un proceso de participación especial, cuya finalidad debiera ser siempre la búsqueda de alternativas que permitan llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento por parte de los pueblos indígenas. Tarea sumamente difícil y compleja, que requiere especial cuidado y atención de manera previa a la decisión de avanzar con el proyecto, pues puede hacer peligrar el progreso de las obras, e incluso llegar a frustrarlo en su totalidad, con las gravísimas consecuencias que ello podría acarrear, incluyendo cuantiosas pérdidas económicas y de recursos.

Existen numerosos precedentes de reclamos judiciales en Argentina que demuestran una oportunidad de mejora en esta cuestión, y la necesidad de diseñar, reglamentar y encausar un proceso de consulta que resulte útil para todas las partes.

En este sentido, es muy importante tener en consideración que todos los procesos de participación y consulta en los que intervengan pueblos indígenas, constituyen procesos dinámicos, que pueden sufrir avances y retrocesos. A su vez, la falta de reglamentación o de reglas claras respecto de cómo se debería llevar adelante ese proceso de consulta previsto en la norma, dificulta su aplicación. No obstante, la experiencia indica que se debe evitar la subestimación o sobreestimación de impactos ambientales durante el proceso de elaboración de los Estudios, aportando los antecedentes necesarios para justificar su generación o inexistencia, para permitir no sólo una correcta predicción y evaluación posterior de impactos, sino también con el objetivo de circunscribir de forma adecuada el diálogo y los acuerdos que se alcancen entre los responsables de los proyectos y las comunidades originarias.

1.3 RELEVANCIA DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN Y APOORTE PROYECTADO

El propósito de este estudio se concentrará en desarrollar y entender el potencial problema que representan las licencias sociales para los proyectos energéticos, centrando la atención en el caso de las comunidades originarias.

El tema de investigación se inscribe en el contexto más amplio del derecho ambiental, del Estudio de Impacto Ambiental (EslA) preliminar a un proyecto energético, y la participación ciudadana. El estudio y las premisas que pudieren resultar de este trabajo serían aplicables por los organismos estatales y las empresas contratistas a la hora de encarar una obra de esas características.

En ese contexto, el aporte proyectado consiste en brindar las herramientas adecuadas a la hora de proyectar y encarar un proyecto energético, pues considero que el tema de las licencias sociales es un aspecto al cual muchas veces no se le brinda la suficiente atención o se lo subestima, y puede transformarse en una bomba de tiempo que puede llegar a frenar, e inclusive impedir, que las obras se construyan.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

2.1 OBJETIVOS

De acuerdo con el tema definido y contextualizado en la sección 1 “Introducción”, el **objetivo general** de esta investigación es exponer el potencial problema que representan las licencias sociales para los proyectos energéticos (circunscripto al caso de las comunidades originarias), y la necesidad de diseñar, reglamentar y encausar un proceso de consulta que resulte útil para todas las partes y para el avance de las obras.

Toda vez que la temática en estudio es susceptible de constantes modificaciones a lo largo del tiempo, es menester aclarar al lector que la investigación realizada abarca un período hasta el 31 de diciembre de 2020.

Los **objetivos específicos** que se plantean para el desarrollo del tema de investigación son los siguientes:

A – Análisis normativo. Estudiar y analizar la legislación nacional e internacional aplicable en la materia, a fin de identificar su sentido y alcance.

B – Estudio de casos. Realizar un relevamiento y examen de los casos judiciales de mayor trascendencia en Argentina, donde las comunidades originarias hayan denunciado incumplimientos respecto del proceso de consulta e intentado impedir o frenar la realización de las obras.

C – Diseño de modelo. Diseñar un modelo de proceso de consulta, que pueda servir para acercar a las partes y superar esos obstáculos.

2.2 METODOLOGÍA

Para alcanzar los objetivos específicos identificados en el punto precedente, se desarrollarán las tareas que se indican a continuación.

- Para alcanzar el objetivo **A – Análisis normativo**, se realizarán las siguientes tareas:

A.1 – Estado del arte. Se establecerá el marco teórico y conceptual del tema de investigación, y se hará una descripción de las comunidades pasibles de tutela.

A.2 – Identificación de normas. Se transcribirá y comentará la normativa aplicable en Argentina.

A.3 – Aplicación de la normativa. Se identificará y expondrá de qué manera se cumple con la legislación vigente en Argentina, al momento de realizar un proyecto energético.

- Para alcanzar el objetivo **B – Estudio de casos**, se realizarán las siguientes tareas:

B.1 – Selección de casos. Se seleccionarán tres casos de relevancia en Argentina, donde las comunidades originarias hayan denunciado incumplimientos respecto del proceso de consulta, e intentado impedir o frenar la realización de las obras.

B.2 – Descripción de los reclamos. Se describirán cada uno de los reclamos

formulados en las demandas, así como las medidas cautelares y de fondo requeridas.

B.3 – Evaluación de las sentencias. Se evaluarán las resoluciones judiciales adoptadas en cada uno de los casos seleccionados.

- Para alcanzar el objetivo **C – Diseño de modelo**, se realizarán las siguientes tareas:

C.1 – Propuesta de modelo de consulta. Se propondrá un modelo a seguir para la realización del proceso de consulta y la mesa de diálogo con las comunidades originarias, que establezca reglas claras y se ajuste a la normativa vigente.

C.2 – Reflexión Final

3. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

A – ANÁLISIS NORMATIVO

En esta sección, se propone identificar y analizar la normativa -nacional e internacional- aplicable en Argentina, que debe ser observada por las partes involucradas a la hora encarar un proyecto energético.

Para una mejor comprensión del tema en estudio, en primer lugar, se analizará el estado del arte (ver A.1). Allí se establecerá el marco teórico y conceptual del tema de investigación, y se hará una descripción de las comunidades pasibles de tutela que habitan en nuestro país, con especial enfoque en su organización social, cultura y cosmovisión. Seguidamente, se identificará y comentará la normativa aplicable en la Argentina, orientada al proceso de consulta (ver A.2). Para cerrar el capítulo, se identificará y expondrá de qué manera se cumple con la legislación vigente en Argentina, al momento de realizar un proyecto energético (ver A.3).

A.1 – ESTADO DEL ARTE

A.1.1. Definiciones conceptuales

En primer lugar, considero de utilidad definir y explicar ciertos conceptos que aparecerán a lo largo de este trabajo, muchos de los cuales se constituirán en pilares para el entendimiento del tema traído a conocimiento.

- **Licencia social.** Es la aprobación que da la comunidad y otros grupos de interés a un proyecto determinado, y está estrechamente vinculada a la percepción de la sociedad sobre qué tan bueno es para ellos y su entorno la realización de ese proyecto. Es decir, las licencias sociales están enraizadas en las creencias, percepciones y opiniones de esos grupos sociales relacionados con el proyecto, quienes la otorgan cuando consideran que el proyecto reúne las condiciones para generar mayor bien a la comunidad y ningún costo grave o irreversible.

En esencia, es una opinión compartida por un grupo significativo de la comunidad generalmente basado en sus expectativas y la reputación de quienes lo realizan. Como

todas las opiniones es subjetiva y se forma a partir de percepción, prejuicios, información, pero sobre todo de la coherencia entre los compromisos y las acciones de los impulsores del proyecto.

Asimismo, esa “aprobación” que otorga la comunidad es dinámica y no permanente, porque las creencias, opiniones y percepciones podrían ir cambiando a medida que se adquiera nueva información. Por lo tanto, es fundamental que la Licencia Social logre ser ganada y mantenida, es decir, una suerte de aprobación continua o amplia aceptación social.

La licencia social se construye en base a diversos elementos, que se adquieren de forma secuencial y son acumulativos: la legitimidad social, la credibilidad y la confianza. El proyecto debe ser considerado como legítimo antes de que la credibilidad tenga algún valor, y ambos deben estar presentes para que se pueda desarrollar auténtica confianza. En la práctica, la ausencia de legitimidad lleva al rechazo de un proyecto; la presencia de legitimidad y credibilidad lleva a la aceptación de un proyecto, mientras que un alto nivel de credibilidad y la presencia de confianza forman la base para la aprobación.

- **Proyectos energéticos.** El término “proyecto” proviene del latín *proiectus* y cuenta con diversas significaciones. Podría definirse a un proyecto como el conjunto de las actividades que desarrolla una persona o una entidad para alcanzar un determinado objetivo, que en este caso estaría relacionado con la energía.

A los fines de este trabajo, se incluye bajo la denominación “proyectos energéticos” a todo tipo de ideas, trazado o propuesta de un plan y los medios para ejecutarlo, que tengan por finalidad la generación de energía, cualquiera sea su fuente. Además, y a iguales fines, se incluye la obtención de los insumos necesarios para la actividad energética (por ejemplo: para su almacenamiento, como se verá en el caso del litio).

- **Comunidades indígenas u originarias.** No existe una única definición acerca de estas comunidades o pueblos, y hasta se llega a diferenciar el uso de ambos términos (y de otros afines)³. Sin intención de entrar en un debate lingüístico (inconducente al tema que nos ocupa), lo que sí se puede afirmar es que a la hora de identificar a los pueblos indígenas se suele utilizar una combinación de criterios subjetivos y objetivos. Uno de los criterios que subyace a la mayoría de las definiciones es la conciencia de serlo. Es decir, si un grupo de personas se definen como indígenas, entonces, a menos que sea manifiestamente ilegítimo, se debe respetar tal designación.

Además de la conciencia de su identidad, es útil tomar en consideración los criterios establecidos en normas e instrumentos internacionales, tales como el Convenio N° 169 de la OIT, que al identificar a los pueblos indígenas señala al conjunto de familias que se auto reconocen como tales por el hecho de descender de los *pueblos originarios* que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras, y que conservan todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

- **Proceso de consulta.** Es el procedimiento de diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales, que debe realizarse de manera previa a la adopción de medidas

³ Se aclara que, los fines de la tesis, se utilizarán los términos “pueblos y comunidades” y “originarios e indígenas” en el mismo sentido. Es decir, dichos términos no se emplean con implicancia territorial, sino tan solo jurídica, al constituirse en sujetos de derechos especiales en función de la etnia.

legislativas o administrativas que afecten directamente a dichos pueblos.

El proceso de consulta debe caracterizarse por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo. Para ello, deben establecerse mecanismos formales, apropiados a escala nacional y adaptados a las circunstancias. Asimismo, las consultas deben llevarse a cabo a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas, con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

- **Ambiente.** Tal como se adelantó al contextualizar el tema de investigación, el concepto de ambiente es sumamente amplio, pues incluye no sólo los elementos naturales, sino también los sociales y culturales -entre muchos otros-, lo que dificulta su conceptualización. En tal sentido, y según explica Horacio Rosatti⁴, el ambiente se integra por una pluralidad de elementos, heterogéneos, que conforman un sistema en el que cada uno, además, tiene su participación en el conjunto, el cual se modifica necesariamente ante sus variaciones. Por su parte, Mosset Iturraspe señala que: *“Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos”*⁵.

De esta manera, *“se argumenta que el orden natural no es caprichoso, fungible o intercambiable; en la medida en que ese ‘orden’ funciona como un ‘sistema’ y por ello no es lo mismo que sus componentes existan o no existan, o que existan de modo escaso o abundante. Siempre según este criterio, las cosas y los seres vivientes (incluido el hombre) deben ser respetados por su calidad de tales y –también– por su carácter de miembros de una comunidad mucho más compleja que la suma aritmética de ellos mismos”*⁶.

En ese orden, Hutchinson señala que: *“El ambiente no es una mera suma de elementos (aire + agua + recursos naturales + flora + fauna...) independientes entre sí; por el contrario, es un conjunto de relaciones establecidas entre aquellos, una cadena ecológica, en la cual cada componente afecta y está afectado por los demás, independientemente de que pueda considerarlos autónomamente”*⁷.

Por lo tanto, *“Al funcionar de modo integrado, como un sistema y no como un conjunto de partes, la naturaleza nos revela la estrecha vinculación entre sustancia y procedimiento, en el sentido de que para que sigan existiendo los sujetos (las especies) no deben alterarse*

⁴ Rosatti, Horacio, *La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional argentina*, Revista de Derecho de Daños, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Daño Ambiental, 2008-3.

⁵ Mosset Iturraspe, Jorge - Hutchinson, Tomás - Donna, Edgardo A., *Daño ambiental*, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I, pág. 33.

⁶ Rosatti, Horacio, *La tutela...*, obra cit., pág. 10.

⁷ Mosset Iturraspe, Jorge - Hutchinson, Tomás - Donna, Edgardo A., *Daño ambiental*, obra cit., pág. 319.

*sus hábitats y las relaciones que ellos posibilitan*⁸.

En definitiva, el concepto de ambiente incluye el ambiente natural o físico (seres vivos y su medio), el ambiente cultural (patrimonio histórico, artístico, paisajístico, urbanístico, arqueológico, industrial, etc.) y el artificial (espacio urbano construido y equipamiento público), y su permanente interacción sistémica, cuya modificación o alteración en cualquiera de sus componentes repercutiría en el presente y/o futuro.

- **Impacto ambiental.** Es la alteración o modificación que causa una acción humana sobre el ambiente (por ello se lo conoce también como impacto antrópico)⁹. No obstante, debido a que todas las acciones del hombre repercuten en cierta forma sobre el medio ambiente, un impacto ambiental se diferencia de un simple efecto en el medio ambiente mediante una valoración que permita determinar si la acción efectuada (por ejemplo: un proyecto energético) es capaz de cambiar o alterar la calidad ambiental. Lo que se conoce técnicamente como alteración de la línea de base ambiental.

Existen numerosas clasificaciones o tipos de impactos ambientales: (i) En cuanto al alcance: directos e indirectos; (ii) En cuanto a la duración: persistente o temporal, continuo o periódico; (iii) En relación a los efectos: positivos o negativos, reversibles o irreversibles, reparables o irreparables, acumulativos o sinérgicos y residuales.

- **Cosmovisión.** Según el Diccionario de la Real Academia Española¹⁰, el término *cosmovisión* refiere a la visión o concepción global del universo.

En ese entendimiento, si bien todas las sociedades tienen su cosmovisión (forjada a través del tiempo y nutrida de diversos orígenes), interesa a este trabajo entender la cosmovisión de los pueblos indígenas u originarios, que presenta sustanciales diferencias respecto de la comúnmente llamada “visión occidental”¹¹ del mundo moderno.

La cosmovisión indígena explica el mundo, la realidad y el entorno a partir de comprender que hay una relación permanente entre las colectividades humanas, el entorno en el que

⁸ Rosatti, Horacio, *La tutela...*, obra cit., pág. 18.

⁹ Aunque determinados eventos catastróficos naturales (como huracanes, sismos o erupciones de volcanes) pueden a la vez tener un alto impacto en el medio ambiente, ya que alteran la línea de base ambiental de manera radical y repentina, el concepto es mayormente utilizado para referirse a la actividad del ser humano que lo ocasiona.

¹⁰ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualización 2019, RAE.es

¹¹ La “visión occidental” se ha nutrido de diversos orígenes a lo largo de los siglos. Entre ellos, la visión greco-romana, de la que deviene la concepción de la separación y contraposición entre lo espiritual y lo material, entre el mundo y las ideas; el pensamiento de que el ser humano es el centro del universo, y la legislación del derecho de propiedad. También, de la concepción judeo-cristiana, donde se considera que el hombre está llamado a dominar la naturaleza; proviene también el concepto del bien y del mal y por lo tanto de la moralidad que predomina en nuestras sociedades. Asimismo, se nutre del liberalismo que ha impulsado la formal división de poderes; igualmente el individualismo, impulsado y ensalzado desde una visión liberal, junto al derecho de propiedad, además del concepto de libertad para comerciar. Finalmente, también se basa en el positivismo, desde el cual solo se entiende la realidad desde la razón y desde las pruebas, datos, y/o experimentos, que corroboran el conocimiento de dicha realidad.

viven y el cosmos, y a cada aspecto de esa relación le otorga un significado particular y lo ubica permanentemente en la dualidad del espacio y el tiempo.

Es así como, desde esa cosmovisión, el ser humano no es el centro del universo, sino un componente más de un equilibrio que debe de existir con la Madre Naturaleza; la Tierra y el Universo son parte de un mismo todo al cual pertenecemos los seres humanos; la tierra no es solo un medio de producción, sino la Madre que da Vida y a la cual hay que retribuir. Asimismo, el Territorio no es solamente un área geográfica: expresa una relación colectiva de un Pueblo con un área donde se incluye el suelo, el subsuelo, el agua, los animales y las plantas. Además, el territorio forma parte de la identidad del Pueblo, pues allí vivieron sus antepasados. Implica la memoria histórica, el derecho a decidir sobre los recursos contenidos en él, la existencia de formas organizativas, mecanismos y espacios para la toma de decisiones y la posibilidad de articular distintas formas de entender y ejercer el poder.

A partir de esa cosmovisión, cada pueblo forja una identidad que está constituida por una memoria histórica, formas de organización social, sistemas productivos, estructuras políticas, normativas, sociales y representaciones culturales particulares.

- **Estudio de Impacto Ambiental (EsIA).** Es el documento técnico que realiza el proponente del proyecto (que puede ser público o privado) y contiene: la descripción del proyecto, la línea de base ambiental y social, el marco legal aplicable, el análisis de alternativas, la identificación y valoración de los potenciales impactos ambientales y sociales que el proyecto (en todas sus etapas) puede causar en el corto, mediano y largo plazo, así como la previsión de la gestión ambiental para abordarlos (prevención, mitigación y/o compensación), que se concreta a través del Plan de Gestión Ambiental dentro del EsIA. El EsIA constituye un documento fundamental para la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que se describe seguidamente.
- **Evaluación de Impacto Ambiental (EIA).** Es el proceso que se realiza de manera previa a la toma de decisión sobre la ejecución de un proyecto, que permite identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos que ese proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente, en el corto, mediano y largo plazo.
Se trata de un procedimiento técnico-administrativo previsto en la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675) con carácter preventivo, que permite una toma de decisión informada por parte de la autoridad ambiental competente respecto de la viabilidad ambiental de un proyecto y su gestión ambiental.
Los principales objetivos de la EIA son: determinar la viabilidad ambiental de un proyecto a través de una toma de decisión informada; promover la transparencia y la participación pública en el proceso de planificación y toma de decisiones; y propiciar la prevención y adecuada gestión de los potenciales impactos ambientales y sociales asociados a determinados proyectos.
La autoridad competente se expide a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Certificado de Aptitud Ambiental (CAA) según la norma particular de cada jurisdicción, también conocido como Licencia Ambiental en la mayoría de los países.
- **Audiencia pública.** Es un procedimiento de participación que permite que los ciudadanos se informen y expresen su postura antes del dictado de una decisión que puede afectar sus derechos. En la Administración Pública Nacional, está legislada y reglamentada a través del Decreto N° 1172/2003 de Acceso a la Información Pública. Allí se establece que

su finalidad es “*permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta*”.

El procedimiento de Audiencia Pública debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad.

Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la Audiencia Pública.

En cuanto a los efectos, la norma expresamente dispone que las opiniones y propuestas vertidas por los participantes no tienen carácter vinculante.

A.1.2. Comunidades originarias que habitan en la República Argentina

Si bien no hay evidencia certera y uniforme para establecer con exactitud la antigüedad del ser humano sobre la tierra, se estima una cifra no menor a cientos de miles de años.

Lo que sí se sabe es que la mayor parte de ese tiempo el ser humano ha vivido en grupos nómadas, como cazador-recolector, y recién con el desarrollo de la agricultura y la ganadería comenzaron a establecerse y ocupar territorios de manera permanente (lo que se conoce comúnmente como pueblos sedentarios).

La llegada de la modernidad marcó un momento bisagra en la relación de los seres humanos y la naturaleza: mientras las sociedades industriales comenzaron a colocarse por encima de ella, los pueblos indígenas continuaron concibiéndose como parte de ella. Este punto es clave para entender la raíz de numerosos problemas que se observan en la actualidad, fruto de la falta de comprensión y entendimiento entre dos visiones diferentes, con prioridades muchas veces contrapuestas.

Resulta indiscutible la preexistencia étnica y cultural de las comunidades indígenas, así como la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (derechos hoy reconocidos en nuestra Constitución Nacional). Cabe recordar que, con la conformación del Estado Nacional Argentino, las tierras de los pueblos indígenas pasaron a formar parte del territorio nacional. Y, si bien muchos pueblos enteros quedaron bajo la jurisdicción del país, hay otros que traspasan la frontera y quedaron formando parte de dos o más países (como sucede, por ejemplo, en el caso de los pueblos mapuche y guaraní, entre otros).

En Argentina, a diferencia de algunos otros países de la región, la población proveniente de los pueblos originarios tiene un peso relativamente bajo. Según la información proveniente del Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda de 2010, la población que se reconocía integrante o descendiente de los pueblos originarios sumaba 955.032 y representaba el 2,4% del total nacional.

Una parte de esta población habita en zonas urbanas y se encuentra dispersa y plenamente integrada al conjunto total. Sin embargo, hay una parte significativa -localizada predominantemente en áreas rurales- que convive en forma comunitaria y conserva rasgos y hábitos de vida propios de sus ancestros y tradiciones.

En cuanto a su distribución por provincias, las jurisdicciones con mayor cantidad de habitantes indígenas son Chubut, Neuquén, Jujuy, Río Negro, Salta y Formosa, con porcentajes que van desde 8,7% a 6,1%, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

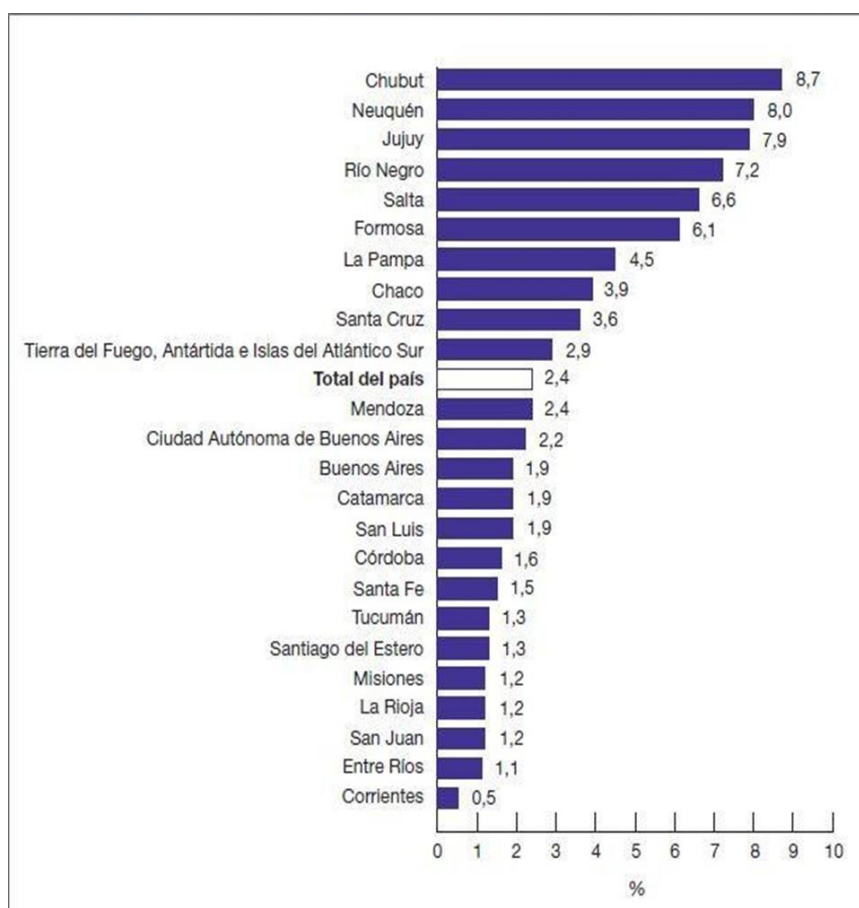


Tabla 1: Población indígena o descendiente de pueblos indígenas u originarios sobre el total de población en viviendas particulares según provincia. Total del país. Año 2010. Fuente: INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010.

No obstante, actualmente la población indígena se encuentra presente a lo largo y a lo ancho de todo el territorio nacional, ya que en las 23 provincias y en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se censó a personas que se auto-reconocieron como pertenecientes a algún pueblo indígena.

En el siguiente mapa, se muestra la localización y distribución de los principales pueblos indígenas que habitan en Argentina:

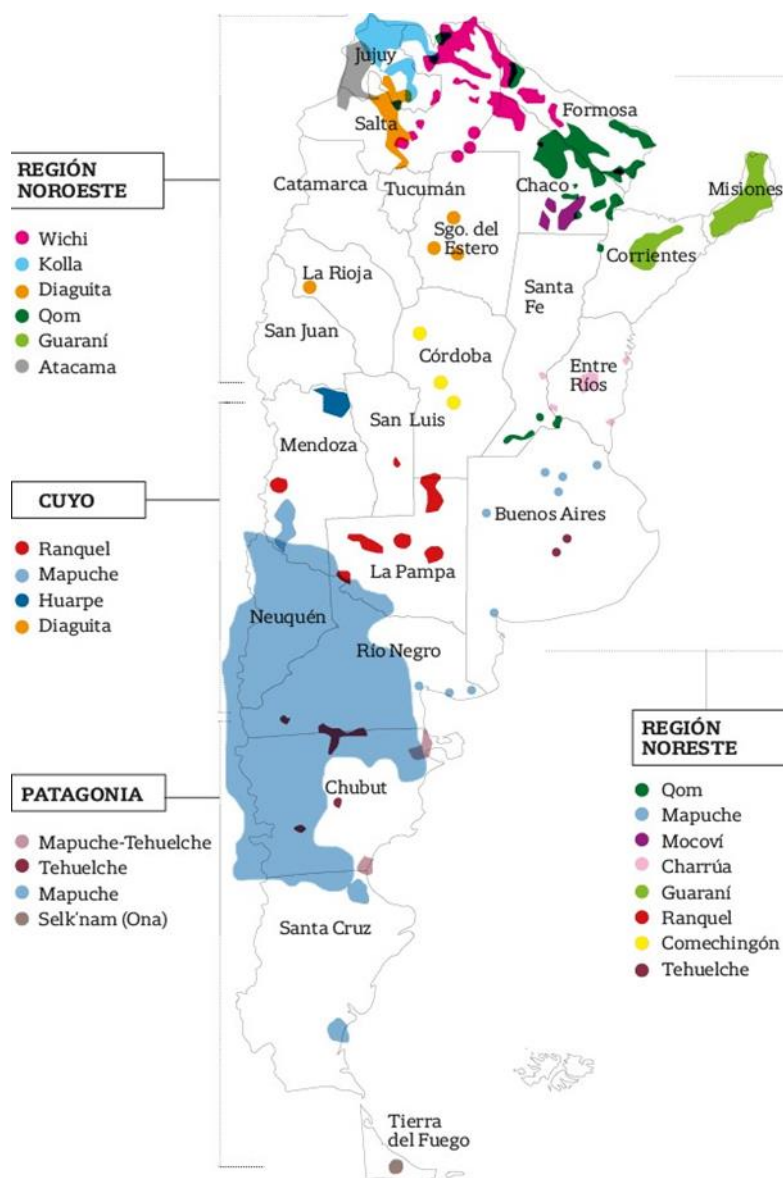


Ilustración 1. Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

A.1.3. Relación de los pueblos indígenas con la naturaleza y el territorio. Su particular cosmovisión

Las comunidades originarias mantienen una relación de armonía y equilibrio con la naturaleza, que se enmarca en la cosmovisión del “Buen vivir”¹² presente; aunque, quizá, con

¹² El “Buen vivir” se trata de una corriente de pensamiento que reivindica principios éticos y saberes tradicionales indígenas. Se inició en los pueblos kichwas del Pastaza (Provincia de la República del Ecuador) a finales de la década del 90, como una propuesta para organizar su plan de vida y el manejo de su territorio, desde su propia cosmovisión. No obstante, es un principio que integra la cosmovisión de varias culturas y, por

diferente denominación, según cada pueblo.

Amén de las diferencias que pueda existir en las distintas culturas, la filosofía del “Buen vivir” tiene ciertos elementos en común:

Una ética diferente que asigna otros valores al mundo: Lo que nos rodea deja de ser visto como una mercancía, para tener otros valores espirituales, afectivos, y relativos a las vivencias de alegría o tristeza. La calidad de vida o bienestar no depende de la posesión de bienes materiales o ingresos, sino de la felicidad y el buen vivir espiritual.

La diversidad de los saberes: No se privilegia un saber dominante, sino el encuentro de diferentes culturas, ya que todos los saberes son reconocidos y respetados, sin otorgarles jerarquías.

Diferente concepción de la Naturaleza: La Naturaleza deja de ser un objeto de valor para ser un sujeto. El Buen Vivir cuestiona la separación entre sociedad y naturaleza, ya que los concibe como una unidad. Es decir, la naturaleza no es externa a las personas, ni puede ser manipulada y apropiada como mercancía. El ser humano es un integrante de la trama de la vida.

Comunidades ampliadas: Las comunidades no están integradas únicamente por personas, sino también por seres y elementos no humanos (animales, plantas, agua, tierra, y espíritus).

No es una postura anti tecnológica ni una vuelta al pasado: Ya que incluye el aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico, pero teniendo en cuenta el principio precautorio, y sin excluir otras fuentes de conocimiento. Es decir, no es un regreso al pasado, sino la construcción de un futuro distinto al trazado por el desarrollo convencional.

Siguiendo esos lineamientos, se puede observar que, para los indígenas, la tierra es la fuente de vida, que nutre, sustenta y enseña.

Amén de las diferentes costumbres y culturas existentes en cada uno de los pueblos (cuyo estudio excedería el marco de este trabajo), todos consideran a la Tierra como su madre y la veneran como tal. 'La madre Tierra' es el centro del universo, el corazón de su cultura, el origen de su identidad como pueblo. Ella los conecta con su pasado (ya que fue el hogar de sus ancestros), con el presente (como proveedora de sus necesidades materiales) y con el futuro (como el legado que guardan para sus hijos y nietos). Ello conlleva un sentido de pertenencia a un lugar.

La mentada concepción percibe o considera que todo tiene vida (montañas, ríos, cielos, animales, plantas, insectos, rocas y el ser humano) y está inseparablemente interconectado. Allí radica el núcleo de ese profundo lazo.

Además, para esas creencias, los mundos material y espiritual están entrelazados en una compleja red, todas las cosas vivientes están imbuidas de un significado sagrado.

Nótese que todo este sentido viviente de conexión que vincula a las comunidades originarias con la tierra y la naturaleza en general, ha desaparecido entre los habitantes de lo que hoy podríamos llamar “la sociedad moderna”. En la actualidad prevalece la idea de que la tierra puede poseerse, pertenecer a alguien, aun cuando no la utilice, ni la cuide, ni la habite; y ello resulta totalmente ajeno a las creencias de los pueblos indígenas.

El derecho moderno prevé y regula la propiedad privada de la tierra, que puede ser vendida a voluntad de su dueño. Para los pueblos indígenas, la tierra se posee colectivamente

ende, puede ser entendido como una plataforma de pensamiento intercultural en construcción, que mira hacia el futuro para construir alternativas al Desarrollo.

para la comunidad. De acuerdo con la ley indígena, la humanidad no puede ser más que consignataria de la tierra, con la responsabilidad colectiva de preservarla.

A diferencia de las creencias predominantes del mundo occidental, en el que la naturaleza es estudiada y dominada, y el progreso se mide por la capacidad de generar riquezas a partir de ello, los indígenas no consideran la tierra como un mero recurso económico. Sus tierras ancestrales son literalmente fuente de vida, y sus diferentes estilos de vida están desarrollados y definidos en relación con el ambiente que los rodea. Es por ello que perciben que dañar la tierra es destruirnos a nosotros mismos, ya que, según se explicó, sostienen firmemente que todos somos parte del mismo organismo.

En igual sentido, los pueblos indígenas ocupan y aprovechan el territorio en armonía con los ciclos de la naturaleza. Es decir, las tierras se utilizan en mayor o menor medida en relación con las diferentes estaciones del año.

A su vez, esas tierras se encuentran conformadas por diferentes espacios de acuerdo a las actividades que allí realicen. Así, dentro del territorio de las comunidades originarias se pueden encontrar espacios productivos, espacios sagrados, espacios ceremoniales, espacio de viviendas, entre otros. En general, el uso diferencial de esos espacios varía de acuerdo a las diferentes épocas del año y a sus diferentes periodos (otoño, invierno, primavera o verano). Y también, particularmente, a los usos simbólicos que se desarrollan en cada uno de estos espacios, en los diferentes momentos del ciclo de la naturaleza.

Es importante tratar de entender esta particular cosmovisión de los pueblos originarios, así como su especial relación con la tierra y la naturaleza, a los fines de abordar el estudio de la legislación aplicable en la materia, y poder comprender su sentido y alcance. De tal forma, ello permitirá compatibilizar, generar cierta empatía y encauzar adecuadamente un proceso de consulta al momento de querer avanzar con cualquier proyecto energético.

A.1.4. Acerca del contexto histórico- normativo de la cuestión indígena

Antes de avanzar en el estudio de la normativa aplicable en la actualidad, resulta importante efectuar un muy breve repaso del contexto histórico- normativo que atravesaron las comunidades originarias, pues servirá para comprender ciertas reticencias en la aplicación o en la práctica que hoy en día aún se observan.

Cabe recordar que hace poco más de quinientos años atrás, con la llegada de los conquistadores y la colonización, estos pueblos fueron categorizados bajo el estereotipo de salvajes, primitivos y dominados; a la par que se avanzó con la apropiación de las tierras que ocupaban.

En igual sentido, trataron de imponerles sus creencias y hacerlos trabajar en su provecho, sin preocuparse por entender su lenguaje, culturas o formas de vida.

Aún en la actualidad persiste en muchas sociedades –a nivel global- la idea de que los indígenas pertenecen a un tipo de colectividad que sobreviven como vestigios de sociedades arcaicas, que no se han integrado plenamente a la sociedad mayoritaria. Y a raíz de ello, se sostiene, viven en condiciones materiales deficientes, presentan altos índices de desnutrición infantil, analfabetismo y mortalidad, y poseen una exigua participación en la vida política global.

Un enfoque basado en esas ideas entiende la existencia de los pueblos indígenas como una cuestión circunstancial que se da en un momento determinado, pero que puede cambiar si se adoptan medidas positivas conducentes a su gradual integración en la sociedad global “civilizada”.

Siguiendo estas perspectivas, sostiene Gouvert (2008) que “...en la Argentina se han

implementado sucesivos planes y programas de integración, que según las épocas se llamaron “reducciones”, “reservas”, “colonias” o “misiones”, y cuyo objetivo principal era la “radicación” de los indígenas en la tierra como campesinos o peones rurales. Pero estas políticas de invisibilización de la diferencia fracasaron de unos años a esta parte, tal cual lo demuestra la importante “reemergencia” de las identidades indígenas, el fortalecimiento de sus formas organizativas propias y su accionar como actores políticos sui generis en el orden interno e internacional”¹³

Para el mentado autor, sucede que con los pueblos originarios se cometió una doble discriminación: se los trató como diferentes, pero merecían ser considerados iguales en la titularidad y goce de sus derechos fundamentales (libertad, salud, vida, vivienda, recursos naturales, alimentación, entre muchísimos otros aspectos). Y, por otro lado, se los consideró iguales y se les suprimió el reconocimiento de ciertas particularidades de su forma de vida (creencias, lenguaje, formas de trabajar, de dirimir conflictos, etc.); lo que sucede cuando se les impone una religión ajena o se los obliga a realizar actos reñidos con su forma de vida. De ambas formas se vulnera la igualdad jurídica y democrática: cuando se trata a un igual por diferente, o cuando se trata igual a quien merece un trato diferenciado.

En lo que respecta al reconocimiento constitucional en la República Argentina, hubo un largo camino de marchas y contramarchas¹⁴ que derivó en el actual art. 75, inc. 17 de la

¹³ Gouvert, Juan Fernando; *Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos*; El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 336; 23-05-2008; Cita Digital: ED-DCCLXX-134.

¹⁴ Según enseña Juan Fernando Gouvert (2008), en la evolución constitucional argentina pueden establecerse las siguientes fases: a) Constitución de 1819. Se trata de una constitución de tipo unitario que tiene el mérito de ubicar a las poblaciones indígenas en el marco de los derechos humanos. En efecto, su art. 28 dispone: “Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. (Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea). El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales, por medio de las leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado”. Por el art. 29 de este mismo texto constitucional se deroga la esclavitud. b) Constitución de 1853. En su art. 67, inc. 15, dispone: “Corresponde al Congreso: proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. También establece: la igualdad ante la ley y la erradicación de las prerrogativas de sangre y de los fueros personales (art. 15) y la abolición de la esclavitud y de la compraventa de personas (art. 16). c) Constitución de 1949. Esta Constitución sustituye al inc. 15 del art. 67 de la Constitución de 1853, referido a las relaciones del Congreso en el trato pacífico con los indígenas, y establece que las tierras no deben ser un bien de renta sino de trabajo: “Que la tierra deberá ser de quien la trabaja”. Omitiéndose todo tratamiento especial en relación con los indígenas. d) Constitución de 1957. Esta Constitución volvió a poner en vigencia la Constitución de 1853 enmendada en 1860, con reformas en lo social y laboral, sin hacer mención especial de los indígenas. En tal entendimiento, señala el autor que la Constitución argentina, a lo largo de sus sucesivas enmiendas, no se ha pronunciado por un tratamiento particular de la situación de los indígenas. Y además, afirma que, durante ese periodo, el tratamiento constitucional de los indígenas asume un doble enfoque. En primer lugar, se pronuncia (ambiguamente) por una relación jurídica particular para los indígenas, como sería el caso de la facultad del Congreso contenida en el art. 67, inc. 15 del texto de 1853. Por otra parte, los arts. 15 y 16 del propio texto subrayan, además, la vigencia del criterio de la igualdad entre todos los habitantes de la nación argentina, igualdad ante la ley y el trabajo, prohibiéndose la esclavitud (Gouvert, Juan Fernando; *Comunidades indígenas argentinas...; obra cit.*).

actual Carta Magna, por el cual se reconocen elementales derechos a los pueblos indígenas argentinos.

Esta reforma significó un cambio sustancial, al modificar un artículo de tipo “evangelizador” (el entonces art. 67, inc. 15), que, en su parte pertinente, establecía: “15. (...) *conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*”, por un texto que se presenta como una muestra más de los cambios que se han producido en la materia.

Es importante comprender que el texto constitucional no “estableció” ningún derecho nuevo o más amplio que no tuvieran los indígenas antes, sino que se los “reconoció”, es decir, se admitió que esos derechos existieron desde siempre. Lo que implica que, desde la reforma constitucional de 1994, los pueblos indígenas tienen una norma expresa, en la cima del orden jurídico, para fundamentar y hacer valer sus derechos. En otras palabras, a partir de esa última reforma, el Estado argentino comienza a reconocerse a nivel constitucional como un Estado pluricultural y pluriétnico, y a brindar una especial protección a la diversidad cultural presente en su interior.

Según expresa Chiacchiera Castro (2019), en relación con los pueblos indígenas “...esto ha supuesto el entierro definitivo de las anteriores políticas indigenistas de exterminio, asimilación e integración adoptadas por nuestro país en el pasado (...), así como también ha provocado una creciente visibilización de aquellos y de sus demandas, lo que se proyecta en las distintas ramas del derecho”.¹⁵

La norma constitucional mencionada se conjuga también con un conjunto de Tratados Internacionales (algunos con jerarquía constitucional, otros supra legal), cuyos contenidos y alcance se explicarán a lo largo de este trabajo.

Cabe destacar que los derechos de los indígenas individualmente y los de sus pueblos colectivamente tienen su fundamento en normas e instrumentos internacionales.¹⁶

Asimismo, a nivel provincial, varias constituciones reformaron su articulado y contemplaron en forma progresiva, con amplitud diversa, los derechos de los pueblos indígenas, tal como se verá al analizar la normativa.

A.2 – IDENTIFICACIÓN DE NORMAS

Los pueblos indígenas gozan de todos los derechos humanos que se han establecido

¹⁵ Chiacchiera Castro, Paulina R.; *Conflictos etnoambientales, pueblos indígenas y Poder Judicial*; Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 284, 16-10-2019; Cita Digital: ED-CMVII-802.

¹⁶ En efecto, los principios de no discriminación, en especial, están señalados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (art. 1) y que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*” (art. 2). Por otro lado, en los Pactos de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos y Económicos Sociales y Culturales, ambos de 1966, se establece también la no discriminación como una base para el establecimiento de los derechos humanos. En igual sentido se ha dispuesto regionalmente en la CIDH desde la década de los setenta y desde la de los ochenta en la Argentina a partir de su ratificación.

de conformidad con el derecho internacional. No obstante, la condición particular de estas minorías, así como los problemas singulares que históricamente han enfrentado, hicieron necesario que paulatinamente se creara una infinidad de normas en pos de proteger especialmente sus derechos colectivos. Ello, en reconocimiento a la condición de las comunidades originarias de tener una cultura propia que las distingue y constituir pueblos que gozan de la libre determinación.

Dentro de esa infinidad de normas que gradualmente se fue creando a lo largo de los últimos años, en este capítulo se identificará y explicará, principalmente, la normativa aplicable en nuestro país referida al derecho de participación y consulta de las comunidades originarias. De esa forma, se podrá comprender el sentido y alcance de la ley aplicable, al diseccionar los derechos y obligaciones de cada una de las partes intervinientes y las implicancias que todo ello presupone al momento de proyectar y encarar un proyecto energético.

A los fines de conservar un orden metodológico, en primer lugar, se estudiará la normativa internacional referida al tema (aplicable en la República Argentina), y a continuación de ello se detallarán las leyes vigentes a nivel nacional (tanto de naturaleza federal como local).

A.2.1. Legislación internacional

- **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁷ sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**

Si bien el Convenio 169 de la OIT data de 1989, su ratificación por la República Argentina fue largamente demorada, incluso después de la aprobación por el Congreso Nacional.¹⁸

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989, y refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-Nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger tales derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los

¹⁷ La OIT es una agencia especializada de las Naciones Unidas. Es la única agencia 'tripartita' de la ONU, que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros, a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. La OIT fue fundada en 1919, después de una guerra destructiva, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal sólo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores. Así, se convirtió en la primera agencia de las Naciones Unidas en 1946. La estructura tripartita de la OIT, en la cual trabajadores y empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos durante las deliberaciones de los órganos principales de la OIT, garantiza que las opiniones de los interlocutores sociales queden fielmente reflejadas en sus normas, políticas y programas. Sus objetivos principales son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo (fuente: ilo.org).

¹⁸ Conforme se explicó en el acápite 1.2, mediante Ley 24.071 (sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril de 1992 - B.O. 20/4/92) se aprobó el Convenio 169 de la OIT en nuestro país. El 17 de abril del 2000 el Poder Ejecutivo dictó el instrumento de ratificación, que fue depositado en la OIT el 3 de julio de ese año. En virtud de lo dispuesto en el artículo 38.3 del convenio, comenzó a regir en Argentina a partir del 3 de julio de 2001.

pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

El objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio.

Al respecto, la OIT ha explicado por qué la consulta de los pueblos indígenas requiere de atención especial, y en tal sentido señaló que: *“Los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que el resto de la ciudadanía de participar en la vida democrática general del Estado y de votar en dichos procesos. Asimismo, los Estados tienen la obligación de realizar consultas específicas y de garantizar la participación de los pueblos indígenas, siempre que se consideren medidas que los afecten directamente. Esto no quiere decir que los pueblos indígenas tengan derechos especiales, sino que, dada su situación, se requieren medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco de un Estado democrático. La naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas y la necesidad de salvaguardar sus culturas y modos de sustento son parte de los motivos por los cuales los gobiernos deben adoptar medidas especiales para su consulta y participación cuando se adoptan decisiones”*.¹⁹

Por otra parte, el Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras.



Ilustración 2. Fotografía de la sede de la OIT en Ginebra, Suiza. Fuente: ilo.org

¹⁹ OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT; Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo - Ginebra: OIT, 2013; p. 14.

En **artículo 1** define el marco de aplicación del Convenio. Para ello, establece ciertas pautas, que sirven para determinar los grupos sociales que se encuentran bajo su tutela. Y ello quedó plasmado de la siguiente forma:

“1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

En primer lugar, cabe señalar que el Convenio 169 se aplica a los “pueblos”, es decir, reconoce un sujeto colectivo de derechos. Ello implica que debe buscarse las características en la colectividad, y los individuos particulares pueden ejercer sus derechos en la medida que se identifiquen o integren esa colectividad.

A su vez, la norma efectúa una distinción entre pueblos tribales²⁰ y pueblos indígenas²¹, y para ello, enfatiza aspectos sociológicos e históricos, respectivamente.

En el segundo apartado del artículo introduce el criterio de autoidentificación. Este criterio fundamental tiene lugar porque la diversidad de situaciones a abarcar hace que los enfoques sociológicos e históricos no sean suficientes para determinar el ámbito de aplicación personal del Convenio. La autoidentificación es un criterio político, que se vincula a la libre determinación, y limita de esa forma el poder estatal. Pues, de lo contrario, si se dejara en manos del Estado la atribución de definir quién o quiénes integran la colectividad, equivaldría a la denegación de la autonomía de esos pueblos.

En cuanto a la aclaración que efectúa la norma en el tercer apartado, referida al concepto de “pueblos”, ello se debe a la implicancia que tenía en su momento esa terminología en el derecho internacional, y a la intención de dejar abierta la cuestión, pues, por entonces, se consideró que excedía el ámbito de competencia de la OIT pronunciarse respecto a la libre

²⁰ La característica de la organización tribal es su carácter no estatal. Con este criterio el primer párrafo tiende a resaltar el aislamiento de estos grupos respecto del resto de la comunidad nacional. No implica descendencia con pueblos originarios ni preexistencia histórica, pero sí destaca dos aspectos: (i) las condiciones sociales, culturales y económicas distintivas; y (ii) regirse por normas propias.

²¹ Lo que determina la condición indígena es la descendencia de pueblos anteriores a la colonización. Los pueblos indígenas han de ser considerados tales porque “conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

determinación de los pueblos indígenas²². En la actualidad, ese debate ha perdido la importancia que tenía en 1989, puesto que el derecho internacional ha reconocido el carácter de “pueblos” a los pueblos indígenas, así como su derecho a la libre determinación en el marco de los estados en que viven, tal como lo recepta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En lo que respecta al derecho de consulta y participación, que constituye el objeto central de análisis de este trabajo, se encuentra regulado en el **artículo 6** del Convenio, que establece:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Este artículo constituye la base fundamental del Convenio, ya que establece la necesidad de que los Estados lleven a cabo procedimientos de consulta a la hora de adoptar decisiones legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales. Además, instruye a que se adopten los medios necesarios para la participación institucional y continua de las comunidades en las estructuras estatales responsables de políticas y programas que les conciernan, e impone al Estado el deber de facilitar la organización y proporcionar recursos a los referidos pueblos, que permita la efectividad de la participación.

Cabe poner de resalto que la participación regulada en la norma no es igual a la participación que se prevé para el resto de los ciudadanos (por ejemplo, en las audiencias públicas), sino que se trata de un proceso de participación especial, un derecho de participación colectiva como pueblos, que justamente contempla sus diferencias culturales. Ello, para que su intervención en la toma de decisiones que puedan afectar sus intereses resulte eficaz.²³

En tal sentido, la participación constituye un derecho de las comunidades originarias y una

²² OIT; Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), Informe VI (1), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, pág. 112.

²³ Cabe recordar un pensamiento de Bidart Campos (1995), en cuanto a que “...el derecho a la identidad confluye con el derecho a la diferencia, siendo que ambos son dos aspectos del derecho a la igualdad, porque no hay nada más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento–, configura la identidad de una o más personas, en relación con el resto de las que no comparten aquella diferencia y esa identidad. Tales diferencias, circunstanciales al derecho a la identidad, impiden tratar a los diferentes de manera totalmente igual a los demás...” (Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. I).

obligación de los Estados. El órgano estatal que prevea tomar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a esos pueblos, debe realizar previamente el proceso de consulta aquí previsto.

En cuanto a los principios internacionales aplicables al derecho de consulta, resulta sumamente ilustrativo el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, que fuera citado por María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado en su obra²⁴.

Allí, se resumen dichos principios del siguiente modo:

- (i) **La consulta debe realizarse con carácter previo.** Es decir, con anterioridad a la adopción de la medida que se pretenda llevar a cabo. Ello implica que se debería involucrar a las comunidades en la gestación misma del proyecto.
- (ii) **La consulta no se agota con la mera información.** No se trata de un mero trámite formal ni de una audiencia para brindar únicamente información, en donde existe un único interlocutor, sino que debe llevarse a cabo siguiendo un procedimiento apropiado –previamente consensuado– con el propósito de alcanzar acuerdos
- (iii) **La consulta debe ser de buena fe dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.** La buena fe resulta esencial en el proceder de ambas partes, para que haya un diálogo genuino. Se trata de crear un clima de confianza mutua que propicie el diálogo productivo. En lo que atañe a los gobiernos, requiere el compromiso de brindar información completa y apropiada (en término oportuno), ofrecer la posibilidad y facilitar los recursos para producir prueba, y esforzarse de manera sincera en lograr consensos y acuerdos.
- (iv) **La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.** Ello significa que deberán participar del proceso las diferentes comunidades que podrían resultar afectadas por las medidas o los proyectos a desarrollar, a través de instituciones representativas de cada una de ellas o del conjunto. Además, requiere que se respeten los tiempos y las formas de decisión que culturalmente poseen. En igual sentido, deberán encontrarse procedimientos que permitan la mayor participación posible, teniendo en cuenta las limitaciones existentes (institucionales, temporales, de recursos, lingüísticas, entre otras).
- (v) **La consulta debe ser sistemática y transparente.** Para ello, deben crearse mecanismos institucionales de consulta, que respondan a procedimientos formalizados, sistemáticos y replicables, previamente consensuados entre las partes, de manera de alcanzar la transparencia y seguridad jurídica respecto de lo actuado.

²⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “*Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*” (24 de abril de 2009), citado por Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela en “*Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*”; 2da ed.: 2010- ODHPI, Neuquén.

- (vi) **La consulta debe tener un alcance amplio a todas las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas.** Se trata de un proceso que los Estados deben realizar de forma obligatoria siempre que la medida prevista sea susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas. Lo que se busca es promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

En el segundo apartado del artículo 6 en estudio, se establece que las consultas deberán tener la finalidad “de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. El estudio de esta cuestión, que abarca el análisis de lo atinente al consentimiento libre, previo e informado (previsto además en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) se profundizará en el acápite A.3.4 de este trabajo.

Sin perjuicio de que el instituto del derecho de consulta se encuentra regulado primordialmente en el artículo anteriormente estudiado, podemos encontrar que en otros artículos del Convenio también se prevé el derecho de participación de los pueblos indígenas.

Así, el **artículo 7** establece que:

*“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos **deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.***

*2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, **con su participación y cooperación**, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.*

*3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, **en cooperación con los pueblos interesados**, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*

*4. Los gobiernos deberán tomar medidas, **en cooperación con los pueblos interesados**, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”* (el resaltado es propio).

Si bien la norma hace hincapié, primordialmente, en el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes generales susceptibles de afectarlos directamente es una aplicación especial de lo dispuesto en los artículos 6 y 33 del Convenio. Los planes deben elaborarse, ejecutarse y evaluarse con la cooperación de las comunidades originarias. Ello implica una obligación del Estado de adecuar sus estructuras decisorias a las formas participativas garantizadas, a la hora de llevar a cabo una propuesta de desarrollo.

No menos importante resulta lo previsto en el **artículo 15** del Convenio, pues, en numerosas oportunidades, los proyectos energéticos involucran la utilización o explotación de recursos naturales existentes en sus territorios. En tal extremo, la norma prevé que:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

El derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales goza de una especial protección, que no guarda semejanzas con las normas del derecho privado. Esa especial protección constitucional e internacional, así como el carácter público de su propiedad, tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas.

La norma prevé que estos derechos resultan necesarios para conservar, mantener y reproducir colectivamente el modo de vida de estas comunidades. Y en razón de ello, dispone el derecho de “participar en la utilización, administración y conservación” de todos los recursos naturales existentes “en sus tierras”²⁵. Cabe aclarar que los recursos naturales que se encuentran protegidos son aquellos que los pueblos han utilizado tradicionalmente y que resultan necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su cultura y estilo de vida.

A su vez, en el segundo apartado del artículo 15, refiere a un caso especial del derecho de consulta establecido en el artículo 6. Para Gomiz y Salgado, aplicada al derecho argentino, entienden que *“la norma hace referencia a las minas de primera y segunda categoría, a los hidrocarburos, a las aguas y a los demás “recursos naturales”, diferentes de la tierra”²⁶. En consecuencia, los regímenes de minería e hidrocarburos, aguas y otros bienes de dominio público, quedan afectados por el Convenio y severamente limitados a los casos que éste permite su aplicación y mediante los procedimientos que establece”²⁷.*

Por ende, al momento de encarar un proyecto de esa envergadura (por ejemplo, alguna obra vinculada a la generación de energía, o actividades extractivas y mineras, entre otras), que pueda afectar los referidos recursos naturales, la potestad de decisión estatal está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos: (i) la consulta previa y permanente a las comunidades originarias susceptibles de ser afectadas; (ii) que se trate de una afectación no esencial de los derechos de esos pueblos; (iii) que en la medida de lo posible se garantice la participación en los beneficios; y (iv) que se les proporcione una indemnización plena por el daño sufrido.

²⁵ Con la expresión “sus tierras” se alude a las mencionadas en el artículo 14 del Convenio, comprendiéndose aquellas “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

²⁶ “La propiedad y posesión sobre tierras y territorios no se encuentra incluida en las limitaciones de este artículo”.

²⁷ Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela; “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino”; 2da ed.: 2010- ODHPI, Neuquén; págs.. 218/219.

El procedimiento de consulta debe realizarse del modo establecido en el artículo 6 del Convenio, cumpliendo todos los requisitos previstos, con miras a lograr un acuerdo. Y el Estado tiene el deber y la responsabilidad de llevarlo a cabo.

En definitiva, a través de la consulta lo que se trata es de garantizar el resguardo de los derechos de las comunidades originarias, mediante el estudio y evaluación previa de las actividades a realizar en sus territorios y, en caso de que éstas fueren factibles, su posterior participación en la utilización, administración y mantenimiento de los recursos.

Por otra parte, para la aplicación de lo dispuesto en el Convenio, el **artículo 33** prevé que:

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Para la adopción de las medidas gubernamentales previstas en el Convenio, que incluye también los procesos de consulta en los casos que fueren exigibles, la norma requiere que exista una autoridad administrativa con competencia para formular las políticas requeridas, a fin de facilitar su implementación. Desde ya que esa autoridad especializada debería contar con la efectiva participación indígena.

En ese orden, el derecho de participación y consulta de las comunidades originarias – previsto en el artículo 6- presupone su participación en las instituciones estatales que se creen a efecto de administrar los programas que los afecten. De lo que se trata es que las referidas instituciones sean representativas de los derechos de estos pueblos. A su vez, como se trata de una obligación del Estado, corresponde a éste proveer los recursos necesarios para que esa participación pueda hacerse efectiva.

Al respecto, en nuestro país, mucho antes de la reforma constitucional de 1994 y de la vigencia interna del Convenio 169, la Ley 23.302 (del 1985) creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.), conforme se explicará en el *apartado A.2.2* al estudiar la Legislación Nacional.

- **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas²⁸, el 13 de

²⁸ “Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General. Los Estados son admitidos como Miembros de las Naciones Unidas por una decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad. Los principales órganos de la ONU son la Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de

septiembre de 2007. Se trata de un documento detallado sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Allí se enfatiza el derecho de los referidos pueblos a tener una vida digna, a la libre determinación, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, tradiciones y culturas, y a buscar su propio desarrollo conforme con sus necesidades, costumbres e intereses.

La Declaración reviste particular importancia, pues implica nuevos enfoques con una visión multicultural, con pleno respeto hacia la diversidad. Para ello, establece el deber de los Estados de garantizar la participación de las comunidades indígenas en las cuestiones que les conciernen, a través de consultas efectivas, con el fin de lograr acuerdos y de propiciar alianzas.

Si bien, en general, las declaraciones de las Naciones Unidas no son jurídicamente vinculantes, no es menos cierto que representan la elaboración dinámica de normas jurídicas internacionales y reflejan el compromiso de los Estados de avanzar en una cierta dirección y de respetar determinados principios. En tal entendimiento, su importancia radica en que constituye un instrumento de interpretación o especificación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.



Ilustración 3: Fotografía de la sede de Naciones Unidas en Nueva York. Fuente: ONU/Yutaka Nagata (un.org)

En lo que atañe al tema de estudio, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclama un ideal común que persigue la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo.

Respecto al derecho de consulta, constituye el principio básico de los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales. La Declaración contiene numerosas

Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría de la ONU. Todos ellos se crearon en 1945 al fundarse la ONU" (Fuente: un.org).

disposiciones que afirman el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones, no obstante, tal derecho se encuentra articulado de manera más directa en los artículos 18 y 19.

En tal sentido, el **artículo 18** establece que:

*“Los pueblos indígenas tienen **derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos**, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”* (el resaltado es propio).

Por su parte, el **artículo 19** de la Declaración dispone que:

*“Los Estados **celebrarán consultas y cooperarán de buena fe** con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, **a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado**”* (el resaltado es propio).

Ambos artículos están intrínsecamente ligados con el concepto de la libre determinación. El concepto de consentimiento libre, previo e informado es esencial para la Declaración de las Naciones Unidas como medida para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la libre determinación.

La importancia de la participación de los pueblos indígenas en asuntos que les afectan es un tema recurrente a lo largo de la Declaración, en particular con respecto a las tierras que esas comunidades tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado.

Los Estados deben involucrar adecuadamente a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento en cualquier asunto que pueda afectarlos. El proceso apropiado para la toma de decisiones dependerá de las circunstancias y de las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas involucrados. A la vez que deberán respetarse los procedimientos de adopción de decisiones propios de cada uno de esos pueblos.

Otro artículo de la Declaración directamente vinculado al proceso de consulta y el desarrollo de numerosos proyectos energéticos, es el **artículo 32**. Allí se dispone que:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

*2. Los Estados **celebrarán consultas y cooperarán de buena fe** con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas **a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos**, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.*

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual” (el resaltado es propio).

La Declaración de las Naciones Unidas genera la expectativa de que los gobiernos buscarán el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para los proyectos de desarrollo. No obstante, y como se verá, el concepto de consentimiento libre, previo e informado requiere una mayor evolución y perfeccionamiento en el plano del Estado Nacional (ver apartado A.3).

Además de las situaciones previstas en los artículos anteriormente expuestos, la Declaración también hace expresa referencia al consentimiento libre, previo e informado ante estas otras circunstancias: (i) El desplazamiento y el traslado de los pueblos indígenas (artículo 10); (ii) El despojo de propiedades culturales, intelectuales, religiosas o espirituales (artículo 11); (iii) La confiscación, el despojo, la ocupación, la utilización o el daño de las tierras y territorios de los pueblos indígenas (artículo 28); y (iv) El almacenamiento o la disposición de materiales peligrosos en los territorios de los pueblos indígenas (artículo 29).

El artículo 10 dispone que:

*“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. **No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso**”* (el resaltado es propio).

El desplazamiento de las comunidades originarias de los territorios que ocupan o utilizan pone en riesgo tanto su supervivencia física como la de sus estructuras económicas, culturales y espirituales. Tal como se explicó oportunamente, los pueblos indígenas tienen una relación especial con sus tierras y con la naturaleza, por ende, desplazarlos o privarlos de ello a la fuerza constituye una de las más severas e irremediables violaciones de los derechos de esos pueblos.

Este artículo adquiere una particular importancia para el tema en estudio, pues, en muchos casos, llevar adelante determinados proyectos energéticos (como ser, la construcción de grandes represas, o la exploración y explotación de hidrocarburos, entre otros), conduce irremediablemente al desplazamiento –usualmente involuntario– de las comunidades indígenas asentadas en los territorios que abarcará la actividad.

En razón de ello, la norma requiere que los pueblos indígenas afectados no sean desplazados forzosamente de sus tierras y territorios y, por ende, exige que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de éstos. Además, hay que tener en cuenta que la indemnización prevista en la última parte de la norma no sustituye el consentimiento libre, previo e informado; se trata de dos requisitos vinculados pero diferentes, es decir, acumulativos.

Por último, el artículo 10 requiere que, de ser posible, a los pueblos indígenas que son reasentados se les debe dar la opción de regreso a sus territorios. Esta circunstancia, dependiendo de la envergadura y características del proyecto, normalmente se torna improbable.

En igual sentido que la norma precedentemente analizada, el **artículo 11** de la Declaración prevé que:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

Esta norma refiere al derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Y allí se prevé que ante situaciones en que se hubieren

vulnerado estos derechos, el Estado deberá proporcionar una reparación, que deberá ser determinada en consulta con los pueblos indígenas afectados. Algunas veces, la realización de este derecho incluye un proceso de restitución de propiedades y objetos de los que los pueblos indígenas fueron privados en el pasado.

Por su parte, el **artículo 28** de la Declaración establece que:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

Este artículo describe en forma detallada el derecho de los pueblos indígenas a recibir una reparación en el caso de que las tierras, los territorios, y/o los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. En tales circunstancias, la norma establece que tienen derecho a una reparación, preferiblemente por medio de la restitución de las mismas tierras o recursos de los que habrían sido despojados. No obstante, si la restitución no fuese posible, se reparará por medio de una indemnización justa y equitativa. Además, el artículo indica que, a menos que sea aceptado y acordado libremente por los pueblos afectados, la compensación deberá ser en forma de tierras, territorios o recursos equivalentes a aquéllos de los que fueron privados.

Finalmente, el **artículo 29** prevé que:

“1. 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. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos”.

Esta norma dispone el derecho de los pueblos indígenas a que se preserve y proteja el medio ambiente, así como la capacidad productiva de sus tierras y recursos. Además, pone en cabeza de los Estados del deber de establecer y poner en práctica programas de asistencia para dichos pueblos, tendientes a asegurar esa conservación y protección.

Por otro lado, requiere también de los Estados la adopción de medidas efectivas para garantizar que los materiales peligrosos no sean almacenados o eliminados en tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Y, de ser necesario, los Estados estarán obligados a adoptar medidas para asegurar que se apliquen de manera eficaz los programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos afectados por esos materiales peligrosos.

El artículo citado es de particular importancia, pues, a menudo, las comunidades originarias

resultan afectadas por acciones gubernamentales y empresariales que, en pos del desarrollo, alteran significativamente el medio ambiente donde se asientan, circunstancia que puede afectar seriamente la salud y culturas de estas comunidades.

- **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Esta Declaración fue adoptada durante el cuadragésimo sexto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA)²⁹ realizada en Santo Domingo, República Dominicana, el 15 de junio de 2016, y fue el resultado de 17 años de negociaciones y diálogo entre los Estados y los pueblos indígenas.

²⁹ La Organización de los Estados Americanos (OEA) es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como "sistema interamericano", el más antiguo sistema institucional internacional. La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscripto en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Para lograr sus más importantes propósitos, la OEA se basa en sus principales pilares que son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo (Fuente: oas.org).



Ilustración 4. Fotografía oficial de la cuadragésima sexta Asamblea General de la OEA (Fuente: oas.org)

La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce los derechos individuales y colectivos de los referidos pueblos.

En primer lugar, señala como criterio fundamental para la aplicación del instrumento la autoidentificación, individual o colectiva, como pueblos indígenas. A su vez, reconoce el derecho a la libre determinación, en virtud del cual determinan su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Además, la Declaración reconoce el carácter colectivo y la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, así como su derecho a la identidad e integridad cultural, y señala el respeto y reconocimiento a sus formas de organización, sistemas jurídicos, económicos, políticos y sociales.

En igual sentido, propicia el respeto hacia la cosmovisión de los pueblos indígenas, sus usos y costumbres, culturas, creencias espirituales, lenguas e idiomas, y el resguardo de la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales que en ella se encuentran. También, consagra el derecho de esas comunidades a su autonomía o autogobierno, al reconocerles el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones, incluyendo la jurisdicción indígena, el derecho a participar en la toma de decisiones que afecten sus derechos, así como la obligación de los Estados de consultarles.

Al igual que los otros instrumentos de protección de los pueblos indígenas y tribales, la Declaración Americana reconoce el principio de no discriminación e igualdad de género.

En definitiva, la mayoría de los derechos estudiados en los anteriores instrumentos se repiten a lo largo de esta Declaración. Un aspecto particular que lo diferencia de otros instrumentos internacionales es que hace alusión de manera particular a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y reconoce su derecho de permanecer en dicha condición.

En lo que respecta al derecho de consulta y participación, se encuentra regulado en diversos pasajes de la Declaración:

Así, en la Sección Segunda, al tratar sobre los “Derechos humanos y derechos colectivos”, el **Artículo VI** -Derechos colectivos- prevé que:

*“Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. **Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas**”* (el resaltado es propio).

En la Sección Tercera, al regular el tema de la identidad cultural, el **Artículo XIII** -Derecho a la identidad e integridad cultural-, en su inciso 2° dispone que:

“2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

En la Sección Cuarta, cuando trata acerca de los derechos organizativos y políticos, el **Artículo XXI** -Derecho a la autonomía o al autogobierno-, en el inciso 2° establece que:

*“2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el **derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos**. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes”* (el resaltado es propio).

En igual sentido, y en la misma sección, el Artículo **XXIII** -Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas- dispone lo siguiente:

*“1. Los pueblos indígenas tienen **derecho a la participación plena y efectiva**, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, **en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos** y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.*

*2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, **a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado**”* (el resaltado es propio).

En la Sección Quinta, al tratar el tema de los derechos sociales, económicos y de propiedad, el **Artículo XXVIII** -Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual-, en el inciso 3° prevé que:

“3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e

informado de los pueblos indígenas”.

A su vez, en el **Artículo XXIX** de la misma Sección, al tratar el “Derecho al desarrollo”, en los incisos 4° y 5° expresa que:

“4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas” (el resaltado es propio).

De igual forma a lo previsto en los instrumentos internacionales anteriormente explicados, este artículo resulta central al momento de encarar un proyecto energético. Y en tal sentido comprende el derecho de los pueblos indígenas a mantener, participar y establecer las prioridades, tomando en cuenta su cosmovisión, sobre el desarrollo político, económico, social y cultural en los territorios que ocupan.

En definitiva, la Declaración define un nuevo esquema para las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, como el respeto a los derechos humanos, y los incluye en la consideración de temas como el desarrollo sostenible.

Finalmente, en la Sección Sexta “Provisiones Generales”, el inciso 2° del artículo XXXI prevé que:

“2. Los Estados promoverán, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración”.

Cabe destacar que el consentimiento libre, previo e informado no es un acto que se agote en sí mismo, sino que se trata de un proceso constante que debe ser mantenido a lo largo del ciclo de planificación, investigación, elaboración, aplicación y ejecución de un proyecto. Y el éxito de ese proceso requiere de la participación y la colaboración continua con los pueblos indígenas que resulten directamente afectados. Ello lleva a suponer que, en algunas ocasiones, una comunidad indígena pueda tener el derecho de retirar el consentimiento que se ha dado previamente (conforme se verá al explicar la aplicación de la normativa en el apartado A.3). En igual sentido, los cambios a los proyectos que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas deben basarse en la obtención de dicho consentimiento, previo a su realización.

Es importante señalar que, tanto el Convenio 169 de la OIT como ambas Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de las Naciones Unidas y Declaración Americana), son los tres instrumentos internacionales especialmente dirigidos a la protección de las referidas minorías, y de donde emana la regulación del instituto de la consulta, que constituye el centro de atención para este trabajo.

No obstante, y si bien excedería el objeto de esta tesis el estudio de la profusa normativa internacional vinculada, es menester recordar que la mayoría de los tratados y declaraciones de derechos humanos contienen aspectos relevantes que en conjunto complementan los

derechos y obligaciones regulados en aquellas normas, a la vez que facilitan su mejor comprensión. Entre algunos de esos instrumentos, se podrían mencionar:

- **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.** Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948, ratificada por nuestro país en 1956 e incorporada a la Constitución Nacional con la reforma de 1994.
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).** Firmada en esa ciudad en 1969, entró internacionalmente en vigencia en 1978 y la República Argentina adhirió a ella en 1984, reconociendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1994 también fue incorporada al texto constitucional.
- **Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).** Adoptado por la Asamblea General de la O.E.A. en 1988, entró en vigencia internacional en 1999 y fue ratificado por nuestro país en 2003.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina por Ley 23.313, sancionada el 17 de abril de 1986 y promulgada el 6 de mayo del mismo año. Ratificado por el Gobierno argentino el 8 de agosto de 1986. Es otro de los Instrumentos con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entró internacionalmente en vigencia en 1976. Asimismo, fue aprobado y ratificado por la República Argentina conjuntamente con aquél, y también incorporado a la Constitución Nacional con la reforma de 1994.
- **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.** Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Ratificada por nuestro país en 1968 e incorporada a la Constitución Nacional en 1994.
- **Convención sobre los Derechos del Niño.** Adoptada por la Asamblea General en 1989, ratificada por la República Argentina en 1990 e incorporada a la Constitución con la reforma de 1994.
- **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Incorporada a la Constitución Nacional en 1994.
- **Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.** Realizada en Durban, Sudáfrica, en 2001.

- **Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas.** Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.
- **Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas (CDB).** Fue negociado bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y quedó abierto a la firma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, denominada “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. La República Argentina ratificó el CDB mediante la Ley 24.375, sancionada el 7 de septiembre de 1994 y promulgada el 3 de octubre del mismo año.
- **Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).** Si bien a la fecha de elaboración de este trabajo aún no se encuentra vigente, no es menos cierto que ha reunido las condiciones para su pronta entrada en vigor³⁰. Por lo que resulta sumamente importante mencionarlo, ya que constituye una norma de actualidad que abarca –en cierta medida- la temática en trato.

El Acuerdo de Escazú es un tratado internacional suscripto por 24 países de América Latina y el Caribe, que define protocolos para la protección del ambiente y la participación ciudadana. Se originó como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), realizada en 2012, y la Decisión de Santiago adoptada en 2014. Estas naciones iniciaron un proceso de negociación que derivó en el Acuerdo Regional, adoptado el 4 de marzo de 2018 en la ciudad costarricense de Escazú.

Este Acuerdo Regional tiene como objetivo garantizar la implementación plena y efectiva en los Estados parte de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (Art. 1).

Para lograr sus objetivos, el Acuerdo establece el compromiso de los Estados de la región a avanzar progresivamente en la implementación de derechos de acceso, facilitando en particular el acceso de personas o grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se incluye a los pueblos indígenas (Art. 5). Asimismo, los Estados deberán recopilar y poner a disposición del público la información ambiental relevante para sus funciones, de manera sistemática, proactiva, accesible y comprensible, actualizándola de forma periódica y desagregada o descentralizada a nivel subnacional y local (Art. 6).

El artículo 7, por su parte, establece el derecho de la ciudadanía a participar en la toma de decisiones ambientales, especialmente cuando existan acciones que puedan tener un

³⁰ Para su entrada en vigencia, se necesita que al menos 11 de los Estados firmantes lo ratifiquen. El 24 de septiembre de 2020, Argentina fue el décimo país en ratificar su vinculación a este acuerdo regional. El 5 de noviembre hizo lo propio el Senado mexicano. Con el depósito del instrumento de ratificación del Acuerdo ante el Secretario General de las Naciones Unidas que efectúen ambos países, se facilitará así su entrada en vigor formal.

impacto significativo sobre el ambiente. A su vez, en el inciso 15 de este artículo se conmina a cada Estado parte a garantizar el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales. Por su parte, en el artículo 8 se establece que los Estados parte establecerán en su legislación nacional los mecanismos que aseguren el acceso a la justicia en temas ambientales. Estos incluyen, entre otros, la creación de organismos estatales competentes y la definición de procedimientos efectivos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.

A.2.2. Legislación nacional

- **Constitución de la Nación Argentina**

La República Argentina, a través de la reforma Constitucional de 1994, reconoció a los pueblos indígenas como sujetos de derecho³¹ y propició su participación en los intereses que les afecten. Así, a través del **artículo 75 inciso 17**, entre las atribuciones del Congreso estableció:

*“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trasmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. **Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.** Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”³² (el resaltado es propio).*

Esta norma reconoce en su párrafo inicial *“la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”*, y a partir de ello, otorga al Congreso Nacional y a las Provincias, facultades tendientes a garantizar y asegurar los siguientes derechos:

- (i) Respeto a su identidad y a una educación bilingüe e intercultural.
- (ii) Reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades.
- (iii) Posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y regulación de la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, no siendo ninguna de ellas enajenable, trasmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

³¹ Cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 consideró la cuestión indígena en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 3º, inciso LL de la Ley 24.309 (Ley de declaración de la necesidad de reforma).

³² Sancionada 22 agosto 1994. Publicación ordenada por Ley 24.430. Sancionada 15 diciembre 1994. Promulgada por Decreto N° 3, 3 enero 1995. (Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 10 enero 1995. Suplemento).

(iv) Participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten³³.

Cabe señalar que a partir de esta reforma constitucional se modifica radicalmente el pensamiento y la postura asumida por los constituyentes de 1853. En tal sentido, si observamos el anterior artículo 67 inciso 15 de la Constitución, entre las atribuciones del Congreso se establecía: *“Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”*. Es decir, el pensamiento social y político de aquella época era radicalmente opuesto. Lejos de intentar proteger la identidad étnica y cultural de los pueblos originarios, lo que se trataba era de asimilarlos a la “civilización” y a la religión predominante.

Todo ello cambió con la reforma constitucional de 1994, que trajo consigo la consagración definitiva de los derechos humanos de tercera generación³⁴, al instalarlos en el sistema jurídico argentino.

Diversos autores consideraron que el artículo 75, inciso 17, contraría "la garantía de la igualdad, piedra basal del sistema democrático"³⁵. En sentido contrario se pronunció —entre otros— Bidart Campos, quien sostuvo que *"cuando se asume con pragmatismo -no exento de sólido respaldo iusfilosófico- que por ser indígenas necesitan disponer de sus derechos en la particular situación de su inserción concreta en una comunidad específicamente diferente, y que en todo lo que esa situación tiene de desigualdad con la del resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de*

³³ El resaltado no significa preeminencia sobre el resto de los derechos, sino un enfoque de atención hacia el objeto de estudio de este trabajo.

³⁴ Los derechos humanos de tercera generación se encuentran vinculados a los valores como la solidaridad (a diferencia de los de primera generación, que abarcan los derechos civiles y políticos, y los de segunda generación, que son básicamente los de carácter económico, social y cultural). Están motivados por una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, principalmente el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas. A grandes rasgos, se resumen en: (i) *Derecho al desarrollo sostenido*: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta; (ii) *Derecho a la autodeterminación de los pueblos*: el que tienen los países de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico; (iii) *Derecho a la paz*: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos; (iv) *Derecho a la protección de los datos personales*: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización; (v) *Derecho al patrimonio común de la humanidad*: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana; (vi) *Derecho a gozar de un ambiente sano*: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles. La lista de los derechos humanos de tercera generación no es absoluta, sino que está en permanente transformación y es común que acoja nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales de nuestro tiempo. (Fuente: eacnur.org)

³⁵ Cfr. Padilla, M., *Un peligroso precedente*, diario La Prensa del 31/7/1994, p. 11. Citado por Cianciardo, Juan; en: *Los derechos de los pueblos originarios argentinos*; Thomson Reuters; Cita Online: 0003/015692.

*oportunidades sea efectiva, nos queda muy en claro que las modalidades y los contenidos de muchos derechos tienen que abastecerse sin arrasar la identidad y la diferencia de quienes los titularizan. Esto no es privilegiar la sangre, ni el nacimiento, ni el origen étnico o racial. Es simplemente, aplicar la regla inveterada de que a quienes se emplazan en circunstancias diferentes no se los ha de nivelar a todos igualitariamente porque, de ser así, en vez de igualdad imponemos la desigualdad*³⁶

Por otra parte, se discute en doctrina si el artículo 75, inciso 17, se trata de una norma operativa o programática, principalmente teniendo en consideración la inclusión en la parte orgánica³⁷ de la Constitución y dentro de las facultades del Congreso Nacional (lo que la impregnaría de un fuerte contenido programático, a diferencia de si hubiera sido incluida en la primera parte de carácter dogmático). Sobre esto se ampliará en el apartado A.3.1.

Más allá de ese debate, la norma es clara al facultar e impeler al Congreso de la Nación a sancionar las leyes destinadas a reconocer o preservar los derechos y garantías allí previstos. Asimismo, y conforme lo establece la última parte del inciso, las facultades para reglamentarlo son concurrentes entre el Estado federal y las provincias. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que, tanto el Estado nacional como las provincias, "(...) tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal, pues el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino".³⁸

En cuanto a la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, ello implica un deber del Estado de garantizar a los pueblos indígenas la consulta y participación efectiva frente a restricciones a los derechos de propiedad comunitaria u otros derechos que les asisten, en relación con proyectos de cualquier naturaleza que puedan afectarlos (en el caso que nos ocupa, relacionados con la energía). Además, implica –en consonancia con la normativa internacional aplicable– realizar un esfuerzo por obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.

Ese consentimiento libre, previo e informado consiste en la manifestación colectiva de las comunidades originarias a decidir acerca de la utilización, administración y conservación de los bienes y recursos naturales en territorio indígena.

Para comprender mejor esta cuestión, es preciso recordar la interrelación entre las

³⁶ Bidart Campos, Germán J., *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*, LL 1996-B-1205.

³⁷ En general las constituciones tienen dos partes diferenciadas: la dogmática y la orgánica: La parte dogmática define el programa, el fin y los objetivos de la constitución. También los principios y valores de los que parte, y los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos. La parte orgánica desarrolla las instituciones del Estado; las que posibilitan hacer realidad los principios expuestos en la parte dogmática. Aquí se regula el funcionamiento de los tres poderes clásicos más otras figuras (como ser: el Defensor del Pueblo, entre otras).

³⁸ CSJN, "Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. /c Chubut, Provincia de y otros /s acción declarativa" 04/02/2014. www.csjn.gov.ar

nociones de "ambiente", "recursos naturales" y "territorio". En relación a ello, se ha expresado más ampliamente que *"esas dimensiones integran la propiedad y posesión colectiva, que se identifica con una noción multidimensional de la cosmovisión del territorio y "sus" recursos naturales (art. 75, inc. 17, CN), que desborda la concepción jurídica de recursos naturales como insumos del proceso productivo".* Y, además, que *"tierras, territorios, propiedad, posesión, ocupación y comunidades son conceptos que se integran en cosmovisiones propias de una categoría de derechos humanos y colectivos con contenidos propios, no subsumibles en las categorías clásicas conocidas de nuestro sistema jurídico. La visión de los pueblos originarios intenta una relación de complementariedad con la naturaleza, donde el pueblo originario es un elemento más del ecosistema: la tierra, el agua, el bosque no pertenecen al hombre, sino que el hombre pertenece a ellos".*³⁹

En tal entendimiento, y si bien es cierto que todo ciudadano tiene el derecho y deber de tutela sobre el ambiente, los recursos naturales y demás bienes jurídicos, para el caso de las comunidades originarias la conexión es aún más profunda y determinante, pues, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"...la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con las tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".*⁴⁰

En definitiva, las comunidades indígenas encuentran hoy en la Constitución –además de las normas internacionales estudiadas- derechos y garantías que deben respetarse para que ellos puedan concretar el óptimo desarrollo de su vida. Es por tal razón que se les asegura normativamente el derecho al control y manejo de los recursos naturales que integran su entorno.

Amén de que la Constitución Nacional y las normas internacionales previamente explicadas, constituyen el plexo normativo principal que regula el conjunto de derechos y obligaciones atinentes al proceso de participación y consulta que debe seguirse al momento de abordar un proyecto energético, existe otra infinidad de normas que directa o indirectamente se vinculan con el tema de estudio. Entre ellas, resulta importante mencionar:

- **Ley 17.722.** Aprobación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, suscripta en Nueva York, EE.UU., el 13 julio 1967. Sancionada y promulgada el 26 abril de 1968.⁴¹
- **Ley 23.054.** Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada en San José -Costa Rica-, el 22 de noviembre de 1969.

³⁹ Lambert, Alicia M.; *"Cuestiones de derecho procesal ambiental en la defensa de derechos colectivos de los pueblos originarios: estado de la jurisprudencia"*; Publicado en: SJA 18/12/2013, 18/12/2013, 45; Cita Online: AR/DOC/6786/2013.

⁴⁰ CIDH *"Pueblo Saramanka v. Surinam. Excepciones preliminares"*, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia 28/11/07, Serie C nro. 172, párr.120.-

⁴¹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 8 de mayo 1968.

Sancionada el 1° de marzo de 1984. Promulgada por Decreto 836, el 19 marzo de 1984.⁴²

- **Ley 23.302: Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes.** Creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) con el propósito de asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, y garantizar el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente (Art. 75, inciso 17). Adjudicación de Tierras. Planes de educación, salud y vivienda. Sancionada el 30 de septiembre de 1985. Promulgada de hecho, el 8 de noviembre de 1985.⁴³
Normas relacionadas con la Ley 23.302:
Decreto 155/1989. Reglamentación de la Ley 23.302.⁴⁴
Resolución INAI 41/2008. Mecanismo de designación de representantes por cada Etnia y Región en el Consejo de Coordinación Indígena.⁴⁵
Ley 25.799. Modificación de la Ley 23.302 -Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes- respecto a planes de vivienda. Sancionada el 5 de noviembre de 2003. Promulgada de hecho, el 28 de noviembre de 2003.⁴⁶
Decreto 791/2012. Modificación del Decreto 155/1989. Comunidades indígenas. Representación en el Consejo de Coordinación.⁴⁷
- **Ley 23.313.** Aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, abiertos a la firma en Nueva York -EE.UU.-, el 19 de diciembre de 1966. Sancionada el 17 de abril de 1986. Promulgada por Decreto 673, el 6 de mayo de 1986.⁴⁸
- **Ley 23.849.** Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York -EE.UU.-, el 20 noviembre de 1989. Sancionada el 27 septiembre de 1990. Promulgada de hecho, el 16 de octubre de 1990.⁴⁹
- **Ley 24.071.** Aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra -Suiza- en la 76° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 7 de junio de 1989. Sancionada el 4 de marzo de

⁴² Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 27 de marzo de 1984.

⁴³ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 12 de noviembre de 1985.

⁴⁴ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 17 de febrero de 1989.

⁴⁵ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 19 de enero de 2009.

⁴⁶ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 1° de diciembre de 2003.

⁴⁷ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 28 de mayo de 2012.

⁴⁸ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 13 de mayo de 1986.

⁴⁹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 22 de octubre de 1990.

1992. Promulgada de hecho, el 7 de abril de 1992.⁵⁰

- **Ley 24.375.** Aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas, suscrito en Rio de Janeiro -Brasil-, el 5 de junio de 1992. Sancionada el 7 de septiembre de 1994. Promulgada por Decreto 1.714, el 3 de octubre de 1994.⁵¹
- **Ley 24.544.** Aprobación del Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y de Gobierno, en Madrid -Reino de España-, el 24 de julio de 1992. Sancionada el 13 de septiembre de 1995. Promulgada de hecho, el 17 de octubre de 1995.⁵²
- **Resolución Ex SDS 4811/1996.** Creó el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RE.NA.CI).
- **Ley 24.774.** Aprobación del Tratado sobre Medio Ambiente con el Gobierno de la República de Bolivia y Acuerdo por Canje de Nota; suscrito en Buenos Aires, el 17 de marzo de 1994. Sancionada el 19 febrero de 1997. Promulgada de hecho, el 4 de abril de 1997.⁵³
- **Ley 25.517.** Restitución de restos mortales de indígenas que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas. Requerimiento del expreso consentimiento de las comunidades aborígenes para la realización de emprendimientos científicos. Sancionada el 21 de noviembre de 2001. Promulgada de hecho, el 14 de diciembre de 2001.⁵⁴
Decreto 701/2010 (Reglamentario de la Ley 25.517). Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Coordinación, articulación y asistencia en el seguimiento y estudio del cumplimiento de las directivas y acciones dispuestas por la Ley 25.517 -disposición de restos mortales aborígenes-.⁵⁵
- **Ley 25.607.** Realización de campaña de difusión cada dos años de los derechos de los pueblos indígenas. Traducción a las lenguas indígenas del inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Sancionada el 12 de junio de 2002. Promulgada por Decreto 1.190, el 4 de julio de 2002.⁵⁶
- **Ley 25.675.** Ley de política ambiental nacional (Ley General del Ambiente – LGA).

⁵⁰ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 20 de abril de 1992.

⁵¹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 6 de octubre de 1994.

⁵² Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 20 de octubre de 1995.

⁵³ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 11 de abril de 1997.

⁵⁴ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 20 de diciembre de 2001.

⁵⁵ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 21 de mayo de 2010.

⁵⁶ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 8 de julio de 2002.

Preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Participación ciudadana. Sancionada el 6 de noviembre de 2002. Promulgada parcialmente por Decreto 2.413, el 27 de noviembre de 2002.⁵⁷

- **Ley 25.743.** Bienes arqueológicos y paleontológicos. Dominio. Limitaciones a la propiedad particular. Traslado de objetos. Protección especial de los materiales tipo paleontológico. Sancionada el 4 de junio de 2003. Promulgada por Decreto 261, el 25 de junio de 2003.⁵⁸
Decreto 1.022/2004 (Reglamentación de la Ley 25.743). Creación de los registros nacionales de yacimientos, colecciones y restos paleontológicos y objetos arqueológicos.⁵⁹
- **Ley 26.160.** Declaración de la emergencia por el término de cuatro años en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. Suspensión de la ejecución de sentencias y actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras en cuestión. Relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras ocupadas. Creación de un Fondo Especial para la asistencia de las comunidades indígenas, asignado al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Ley de orden público. Sancionada el 1° de noviembre de 2006. Promulgada por Decreto 1.708, el 23 de noviembre de 2006.⁶⁰
Decreto 1.122/2007. Reglamentación de la Ley 26.160.⁶¹
Resolución INAI 587/2007. Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas. Ejecución de la Ley 26.160.⁶²
Ley 26.554. Prórroga hasta el 23 de noviembre de 2013 de los plazos establecidos Ley 26.160. Sancionada el 18 de noviembre de 2009. Promulgada de hecho, el 9 de diciembre de 2009.⁶³
Ley 26.894. Prórroga hasta el 23 de noviembre de 2017 de los plazos establecidos en la Ley 26.160. Sancionada el 25 de septiembre de 2013. Promulgada de hecho, el 16 de octubre de 2013.⁶⁴
Ley 27.400. Prórroga hasta el 23 de noviembre de 2021 de los plazos establecidos en la Ley 26.160. Sancionada el 8 de noviembre de 2017. Promulgada por Decreto 950, el 22 de noviembre de 2017.⁶⁵

⁵⁷ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 28 de noviembre de 2002.

⁵⁸ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 26 de junio de 2003.

⁵⁹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 12 de agosto de 2004.

⁶⁰ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2006.

⁶¹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 27 de agosto de 2007.

⁶² Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 31 de octubre de 2007.

⁶³ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 11 de diciembre de 2009.

⁶⁴ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 21 de octubre de 2013.

⁶⁵ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2017.

- **Ley 26.206.** Ley de Educación Nacional. Respeto a la diversidad cultural y a la lengua e identidad cultural indígenas. Sancionada el 14 de diciembre de 2006. Promulgada por Decreto 1.938, el 27 de diciembre de 2006.⁶⁶
- **Ley 26.305.** Aprobación de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en París -República Francesa-, el 20 de octubre de 2005. Sancionada el 14 de noviembre de 2007. Promulgada de hecho, el 17 de diciembre de 2007.⁶⁷
- **Ley 26.331.** Protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Respeto de los derechos de las comunidades indígenas originarias del país. Uso de recursos naturales para su supervivencia. Sancionada el 28 de noviembre de 2007. Promulgada de hecho, el 19 de diciembre de 2007.⁶⁸
Decreto 91/2009 (Reglamentación de la Ley 26.331). Programas de asistencia técnica y financiera. Inclusión de comunidades indígenas.⁶⁹
- **Decreto 700/2010.** Creación de la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena.⁷⁰
- **Resolución INAI 328/2010.** Creación del Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (RE.NO.PI).⁷¹
- **Ley 26.994.** Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 18: Derechos de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan⁷². Sancionada el 1° de octubre de 2014. Promulgada por Decreto 1.795/2014.⁷³
Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano (Art. 18). Derecho al Prenombre, Derecho a de los pueblos indígenas inscribir nombre en idiomas originarios (Art. 63 Inc. C).

⁶⁶ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 28 de diciembre de 2006.

⁶⁷ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 19 de diciembre de 2007.

⁶⁸ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 26 de diciembre de 2007.

⁶⁹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 16 de febrero de 2009.

⁷⁰ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 21 de mayo de 2010.

⁷¹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 10 de noviembre de 2010.

⁷² Norma transitoria. Ley 26.994. Artículo 9. Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que ocupan, serán objeto de una ley especial.

⁷³ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 8 de octubre de 2014. Suplemento.

- **Ley 27.118.** Declaración de interés público la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena. Sancionada el 17 de diciembre de 2014. Promulgada de hecho, el 20 de enero de 2015.⁷⁴
- **Decreto 672/2016.** Creación del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina. Norma complementaria de las Leyes 23.302 y 24.071.⁷⁵
- **Resolución Conjunta Nº 1-E del 29 de septiembre de 2017 (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y Administración de Parques Nacionales).** Conformación de la Mesa Política de Co-Manejo de los Parques Nacionales Lanín y Nahuel Huapi. Representantes del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, de la Administración de Parques Nacionales y de las Comunidades del Pueblo Mapuche.⁷⁶
- **Ley 27.566.** Aprobación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la Ciudad de Escazú –República de Costa Rica–, el 4 de marzo de 2018. Sancionada el 24 de septiembre de 2020. Promulgada por Decreto 806/2020.⁷⁷

A.2.3. Constituciones Provinciales

En cuanto a la normativa local de cada provincia, se menciona -a continuación- los textos constitucionales que prevén o regulan expresamente derechos de los indígenas. De las veintitrés provincias que integran la República Argentina, solamente once⁷⁸ contienen una norma específica dedicada a los pueblos indígenas⁷⁹. Asimismo, de esas once provincias, únicamente siete efectúan una mención expresa al derecho de participación en la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afecten (Chaco, Chubut, Salta, Formosa,

⁷⁴ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 28 de enero de 2015.

⁷⁵ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 12 de mayo de 2016.

⁷⁶ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 4 de octubre de 2017.

⁷⁷ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 19 de octubre de 2020.

⁷⁸ El número no incluye a la provincia de Corrientes, ya que su Constitución (del año 2007) no contiene una norma específica dedicada a regular –en general- los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, cabe mencionar que en el artículo 66 de dicho cuerpo normativo, se hace una mención a los “pobladores originarios”. Allí, se prevé que: “*Se declara patrimonio estratégico, natural y cultural de la Provincia de Corrientes a los fines de su preservación, conservación y defensa: el ecosistema Iberá, sus esteros y su diversidad biológica, y como reservorio de agua dulce, en la extensión territorial que por ley se determine, previo relevamiento y fundada en estudios técnicos. Debe preservarse el derecho de los pobladores originarios, respetando sus formas de organización comunitaria e identidad cultural*”.

⁷⁹ Toda vez que la República Argentina es un estado Federal constituido por 23 Provincias y una Ciudad Autónoma, se aclara que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tampoco contiene una norma expresa de igual tenor.

Neuquén, Tucumán y Entre Ríos).

Es importante señalar que, amén de la inclusión o no en los textos constitucionales provinciales de normas específicas dedicadas al derecho de participación y consulta, todas ellas se encuentran obligadas al cumplimiento de la normativa nacional e internacional aplicable, ya que constituye el piso mínimo inderogable para las jurisdicciones locales.

- **Constitución de la provincia de Jujuy.** Artículo 50: *“Protección a los aborígenes. La provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social”* (1986).
- **Constitución de la provincia de Río Negro.** Artículo 42: *“Derechos de los indígenas. El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse”* (1988).
- **Constitución de la provincia de Buenos Aires.** Artículo 36 inciso 9: *“La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: (...) 9- De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan”* (1994).
- **Constitución de la provincia de Chaco.** Artículo 37: *“La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural. b) **La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable.** c) Su elevación socio-económica con planes adecuados. d) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas”* (1994). El resaltado es propio.
- **Constitución de la provincia de Chubut.** Artículo 34: *“La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 2. La propiedad intelectual y el producido*

económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3. Su personería jurídica. 4. **Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan**" (1994). El resaltado es propio.

- **Constitución de la provincia de La Pampa.** Artículo 6, párrafo 2º: *"La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas"* (1994).
- **Constitución de la provincia de Salta.** Artículo 15: *"Pueblos Indígenas. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. **Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.** II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros"* (2003). El resaltado es propio.
- **Constitución de la provincia de Formosa.** Artículo 79: *"La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos aborígenes que la habitan. El Estado reconoce y garantiza: 1) Su identidad étnica y cultural. 2) El derecho a una educación bilingüe e intercultural. 3) La personería jurídica de sus comunidades. 4) La posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 5) **Su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que la afecten**"* (2003). El resaltado es propio.
- **Constitución de la provincia de Neuquén.** Artículo 53: *"La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. **Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten,** y promoverá acciones positivas a su favor"* (2006). El resaltado es propio.
- **Constitución de la provincia de Tucumán.** Artículo 149: *"La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial. Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo*

en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama. Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. **Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.** Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo” (2006). El resaltado es propio.

- **Constitución de la provincia de Entre Ríos.** Artículo 33: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de sus pueblos originarios. Asegura el respeto a su identidad, la recuperación y conservación de su patrimonio y herencia cultural, la personería de sus comunidades y la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan. La ley dispondrá la entrega de otras, aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica en forma gratuita. Serán, indivisibles e intransferibles a terceros. **Reconoce a los pueblos originarios el derecho a una educación bilingüe e intercultural, a sus conocimientos ancestrales y producciones culturales, a participar en la protección, preservación y recuperación de los recursos naturales vinculados a su entorno y subsistencia, a su elevación socio-económica con planes adecuados y al efectivo respeto por sus tradiciones, creencias y formas de vida**” (2008). El resaltado es propio.

A.3 – APLICACIÓN DE LA NORMATIVA

A la hora de aplicar la normativa referida al derecho de participación y consulta, se entremezclan diversas cuestiones que es necesario explicar.

En primer lugar, se ahondará en la dicotomía *operatividad – programaticidad* de las normas en trato, para entender sus implicancias. Seguidamente, se explicará la particularidad que presentan los convenios de la OIT, y cuál sería su ubicación jerárquica dentro del derecho interno. Además, se recordarán las principales diferencias entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo “occidental”, que permitirán una mejor comprensión de la cuestión referida al consentimiento libre, previo e informado que exigen los instrumentos internacionales. Al finalizar este apartado, se expondrá de qué manera se cumple con la normativa en Argentina, y ello se verá ejemplificado con el estudio de casos del apartado siguiente.

A.3.1. Operatividad de las normas que regulan el derecho de consulta y participación

De manera preliminar, corresponde repasar la clásica clasificación que distingue entre normas operativas y normas programáticas. Al respecto, Bidart Campos expresa que:

“a) *Normas operativas (o autosuficientes, o autoaplicativas), son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma. La operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible.*

b) *Normas programáticas son, como lo indica el adjetivo, las que proponen un*

programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente".⁸⁰

A partir de esa distinción, se intentará determinar el carácter que revisten las normas que regulan el instituto del derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas, en los asuntos que afecten sus intereses.

En lo que respecta a la Constitución Nacional, si bien es innegable que la inclusión de la norma en cuestión (inciso 17 del artículo 75) en la parte orgánica y dentro de las facultades del Congreso Nacional, la impregna de un fuerte contenido programático, también es cierto que ello se debe a que la Ley 24.309 -que declaró la necesidad de la reforma- limitó su alcance a la parte orgánica de la Constitución, sin que se pudieran alterar contenidos de la parte dogmática. Por ello, el artículo 75, inciso 17, que reviste indudable naturaleza dogmática, ha quedado subsumido entre las atribuciones del Poder Legislativo, ya que el reconocimiento está dado por el constituyente.

Nótese que esta norma exhibe la particularidad de contener el reconocimiento de derechos y garantías, con una redacción distinta a la de otros incisos del mismo artículo 75. En ese orden, la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de otros altos tribunales y de los constitucionalistas es mayoritaria en favor de su operatividad⁸¹. Y ello se debe, en parte, a que el verbo "reconocer", inserto en la cláusula constitucional, implica la admisión de las formas de organización y estilos de vida de los pueblos indígenas. En otras palabras, significa la recepción del derecho consuetudinario propio de esas comunidades, pues se los considera preexistentes al propio Estado, lo que constituye el fundamento socio-histórico y político del reconocimiento de ciertos derechos que de otra forma podrían considerarse como privilegios con relación al resto de los habitantes del país.

Al respecto, se ha dicho que: *"La constitución no "estableció" ab initio ningún derecho nuevo o más amplio que no tuvieran los indígenas antes, sino que se los "reconoció" y se admitió que esos derechos existieron desde siempre, lo único es que ahora fueron receptados por la norma basal argentina. Lo que cambió es que desde el año 1994 los pueblos indígenas tienen un texto expreso, en la cima del orden legal, para fundamentar y exigir el cumplimiento de sus ancestrales y legítimas peticiones"*⁸². Y en esa inteligencia, se afirmó que: *"es un error mayúsculo pensar que el artículo en cuestión sólo enuncia "atribuciones del congreso", y que por ello únicamente se trataría de prerrogativas programáticas que sólo se harían efectivas por la respectiva reglamentación legal"*⁸³.

En definitiva, si bien no se desconoce que algunas cuestiones posiblemente necesiten cierta reglamentación (como podrían ser los temas referidos a sus tierras), lo cierto es que la

⁸⁰ Bidart Campos, German J.; *"Manual de la Constitución reformada"*, Buenos Aires, Ediar, 1996, Tº I, p. 18.

⁸¹ Cf. Bidart Campos, Germán, Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas "Dr. Ambrosio I". Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3 de octubre de 1996 (inédito).

⁸² Gouvert, Juan Fernando; *"Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos"*; El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 336; Cita Digital: ED-DCCLXX-134.

⁸³ *Ibidem*

mayoría de los derechos y potestades allí establecidos son operativos y deberían ser respetados en forma efectiva y plena.

En lo que atañe al tema de estudio, la cláusula constitucional, al referirse a la consulta, requiere: “Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”; y aclara que “Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”. Si bien -como se verá más adelante- sería conveniente y productivo reglamentar esta cuestión (principalmente para evitar o minimizar contratiempos), nada impide su cumplimiento inmediato. Máxime si se considera que ya han pasado veintiséis años desde la reforma constitucional, y la postergación de esos derechos -so pretexto de una reglamentación- se muestra como insostenible, además de situar al Estado en responsabilidad internacional (por incumplimiento de la normativa internacional -a la que el país adhirió- que promueve idénticos derechos).

En otras palabras, y dado el extenso plazo transcurrido, la reticencia o impericia estatal no se vislumbra como un argumento válido para eludir el reconocimiento constitucional de esas garantías.

En armonía con ello, y retomando la clasificación de Bidart Campos, se podría sostener que la operatividad que se pregona no impide la reglamentación (que sería de suma utilidad para el caso), sino que solamente no la exige como imprescindible.

La realidad indica que este reconocimiento del carácter operativo de la norma constitucional en su contenido esencial, permitió que, aun en ausencia de reglamentación, se produjeran importantes avances no sólo en las políticas a nivel nacional y provincial, sino también en la jurisprudencia y en las prácticas de los pueblos originarios.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró operativo el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas en los autos “Comunidad Indígena Wichi Hoktek T’Oi”⁸⁴, a pesar de la ausencia de una ley que lo reglamente.

En lo que respecta a las normas internacionales, es preciso señalar que a partir del fallo de la Corte Suprema en el caso “Ekmekdján c/ Sofovich”⁸⁵ (de 1992), se terminó con la antigua discusión respecto de la posibilidad de hacer valer en forma directa los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos, en ausencia de leyes internas que así lo dispusieran.

Cabe recordar que en el mentado fallo se dirimió la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta instituido en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (comúnmente conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”). A partir de allí, la Corte sentó una serie de nuevos principios que modificaron sensiblemente el estado de la discusión y establecieron nuevas pautas para la aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno:

En primer lugar, se reconoce explícitamente que una interpretación armoniosa de los postulados constitucionales exige otorgarles a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes federales. Con esta afirmación se concluye entonces con bizantinas discusiones en torno a una eventual derogación implícita de un tratado a través de una ley posterior.

⁸⁴ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, resolución del 11-7-02 (Fallos: 325:1744).

⁸⁵ Fallos 315:1492.

En segundo término, se determinó que el derecho alegado era “operativo”, esto es, automáticamente exigible ante los tribunales nacionales (aún en ausencia de ley que lo reglamente). En este sentido, se consideró que los derechos tutelados internacionalmente, al ser suscriptos por el Estado argentino, podían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local.⁸⁶

En tercer término, se argumentó que, al momento de decidir una cuestión que involucra la aplicación de un tratado internacional, debía seguirse la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretar el instrumento internacional.

Finalmente, se expresó que: *“en el caso de que estuviera en juego la eventual responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones libremente asumidas al momento de ratificar un tratado, los tribunales no podían ignorar el papel que deben desempeñar como garantes del accionar legítimo del Estado”*.⁸⁷

Lo antedicho se profundizó a partir de la reforma constitucional de 1994, pues se estableció claramente que los tratados internacionales tienen rango superior a las leyes. Además, se otorgó jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos; y se dejó abierta la posibilidad de agregar nuevos tratados al texto de la Constitución (artículo 75 inciso 22 –in fine- C.N.).

Un año después, al fallar en el caso “Giroldi”⁸⁸, la Corte amplió la argumentación de la postura asumida en el fallo “Ekmekdjian”, al señalar que la incorporación constitucional de los tratados de derechos humanos *“en las condiciones de su vigencia”* implica que éstos rigen internamente tal como efectivamente lo hacen en el ámbito internacional, *“considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*.⁸⁹

Por otra parte, y toda vez que los tratados revisten superior jerarquía con respecto a las normas provinciales (artículo 31 de la Constitución Nacional), la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes *“puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino”*, de modo que la interpretación de los tratados configura siempre cuestión federal y habilita el recurso extraordinario aun cuando su contenido sea de materias de derecho común.⁹⁰

En otro orden de ideas, cabe señalar que el Convenio 169 de la OIT reviste el carácter de Tratado Internacional de Derechos Humanos (conforme se explicará en el apartado siguiente), aunque sin jerarquía constitucional, pero con la indiscutible supremacía sobre el derecho común de la república y las constituciones provinciales (artículos 31 y 75, inc. 22, CN). Por ende, si se consideran las normas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Incorporado mediante Ley 19.865), se concluye que el Estado se encuentra obligado a acondicionar su derecho interno para tornar aplicable la normativa incorporada por un tratado internacional, pese a tener plena operatividad, no pudiendo de manera alguna invocar disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículo

⁸⁶ Ibídem

⁸⁷ Ibídem

⁸⁸ Fallos 318:527.

⁸⁹ Ibídem.

⁹⁰ Fallos 318:2645.

27, Convención de Viena).

En definitiva, resulta innegable la operatividad de las normas internacionales a las que el país adhirió, y los órganos internos deben ajustar su accionar y sus decisiones conforme a éstas.

A.3.2. Ubicación jerárquica de los Convenios de la OIT en el ordenamiento jurídico interno

Es sabido que la Constitución Nacional es la Ley Suprema de la Nación, y que la reforma constitucional de 1994 definió un nuevo orden jerárquico normativo en el que los tratados tienen preeminencia respecto de las leyes de la Nación. Además, que existen Tratados Internacionales de Derechos Humanos que revisten jerarquía constitucional⁹¹ (muchos de los cuales fueron mencionados en el apartado A.2.1).

En ese orden, ¿Qué estatus jurídico ocupan los Convenios de la OIT dentro del ordenamiento jurídico argentino, teniendo en cuenta su naturaleza de Acuerdo Internacional *sui generis*?

Al respecto, el Dr. Guisado –citando un trabajo de Von Potobsky- sostiene que: “Los convenios de la OIT son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados, pero con características propias, entre las que se destaca el hecho de que se adoptan en asambleas tripartitas y no solamente gubernamentales⁹². Y que: “A pesar de sus particularidades, y con excepción de alguna doctrina minoritaria, en nuestro país han sido asimilados a tratados, primero bajo el artículo 31 de la Constitución, que alude a los “tratados con las potencias extranjeras”, y actualmente también bajo el citado art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que se refiere a los “tratados concluidos con las demás naciones y con las **organizaciones internacionales**”⁹³ (El resaltado es propio).

Si bien es cierto que los convenios de la OIT (al igual que los instrumentos propios de

⁹¹ Así lo establece el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Carta Magna, en cuanto dispone que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

⁹² Von Potobsky, Geraldo, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, DT, 1997-A-457; citado por Guisado, Héctor C; “Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional”; Publicado en: DT2012 (julio), 1675; Cita Online: AR/DOC/3497/2012.

⁹³ *Ibidem*

las Naciones Unidas o de otros organismos) son adoptados "dentro" de una organización internacional y no "con" una de esas organizaciones, como expresa el mencionado inciso, se entiende que la cuestión está zanjada desde que, en el Plenario de la Convención Constituyente de 1994, el convencional Juan P. Cafiero -Presidente de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales- expresó: "...esta convención entiende que los convenios de la O.I.T. que han sido aprobados, tienen la categoría de tratados, por lo que resulta innecesario colocarlos en la primera parte del inciso 19"⁹⁴ (Inciso 22 del artículo 75, en la redacción definitiva).

Desde ya que la explicación del constituyente histórico se considera decisiva para interpretar la inteligencia de la norma al respecto. En definitiva, sin perjuicio de que la Constitución Nacional no alude a estos convenios en sus arts. 31, 75 y 99, la correcta hermenéutica y la praxis institucional han equiparado a los convenios OIT a los tratados internacionales multilaterales, toda vez que son formulados por un organismo con subjetividad jurídica internacional, a los que adhiere nuestro país. Importan, por lo común, derecho positivo exigible ante los tribunales y generan responsabilidad internacional para el Estado si este no cumple con su ejecución.

Por otra parte, el art. 5º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁵ establece que esa convención se aplicará también "...a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional..." y, por lo tanto, conforme el artículo 27 del referido instrumento, "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..." (entre los que se encuentran los convenios adoptados en el seno de la OIT). Se deja a salvo -claro está- el principio de primacía de la Constitución Nacional.

Consecuentemente, cabe entonces afirmar que los convenios de la OIT tienen jerarquía supra legal, conforme se grafica en la siguiente ilustración⁹⁶:

⁹⁴ Cfr. Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1997, t. V, págs. 5266 y 5313.

⁹⁵ Aprobada por Ley 19865 (B.O. 11/01/1973), la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados ha sido adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los Tratados y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, fecha en que fue suscripta por la República Argentina.

⁹⁶ En la ilustración se sigue la teoría enunciada por el jurista austríaco Hans Kelsen, que sostiene que el derecho occidental se encuentra organizado en una estructura piramidal, en cuya punta se encuentra la Constitución Política de una Nación. Esta representa la *Grundnorm* (norma fundante básica), que da validez a todas aquellas que se encuentran por debajo de esta. Cabe señalar, que las normas enunciadas en las Constituciones tienen su origen en valores y principios reconocidos como básicos por una cultura en particular.

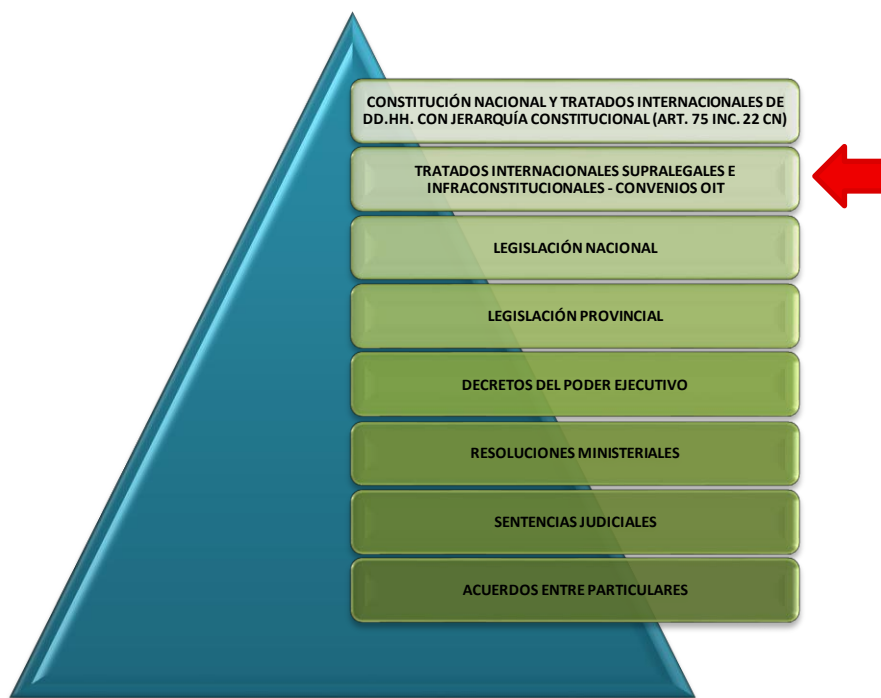


Ilustración 5. Fuente: elaboración propia.

Es preciso señalar que en el tercer párrafo del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, refiere al posible otorgamiento, por el Congreso, de rango constitucional a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y exige al respecto trámite y mayorías calificadas. Ello se trae a colación, debido a que se han presentado reiterados proyectos de ley⁹⁷ ante el Congreso de la Nación, para otorgar jerarquía constitucional al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. El último de ellos fue presentado en Diputados el 23 de julio de 2020 (Expediente Diputados: 3732-D-2020).

A.3.3. Diferencias entre el Derecho consuetudinario indígena y el Derecho positivo "Occidental" en cuanto a la utilización de las tierras y sus recursos.

En párrafos precedentes, al exponer la relación de los pueblos indígenas con la naturaleza y el territorio, se explicó que estos pueblos (como cualquier otro grupo humano) poseen sus propias creencias, usos y costumbres, idiomas, sentimientos, percepciones de lo bueno y malo, de lo justo o injusto, su concepción de familia y su propia manera de expresar

⁹⁷ Véase: Expedientes iniciados en Diputados: 0698-D-2004; 2280-D-2010; 6214-D-2010; 6102-D-2011; 2535-D-2014; 3037-D-2014; 0810-D-2015; 5188-D-2015; 0356-D-2016; 0456-D-2017; 5140-D-2017; 0475-D-2018; 3732-D-2020; y Expedientes iniciados en el Senado: 1439-S-2000; 0514-S-2003; 0638-S-2005; 1332-S-2006; 0463-S-2007; 2325-S-2008; 0094-S-2009; 2648-S-2009; 0070-S-2011; 2378-S-2011; 3182-S-2014; 1527-S-2015; 2843-S-2016; 4992-S-2016; 0232-S-2018; 3392-S-2019 (Fuente: diputados.gov.ar).

su lazo con sus semejantes. Es decir, una particular cosmovisión del mundo que los diferencia del resto de la población.

Este conjunto de creencias, vivencias y costumbres se proyecta en la construcción y aplicación de normas particulares en su vida en comunidad. En este sentido, se observa como resultado -en la mayoría de los casos- un ordenamiento jurídico básicamente consuetudinario, no escrito, impregnado de elementos morales, espirituales y religiosos, que presenta particulares matices en cada una de las diversas comunidades, pero todos arraigados en una profunda cosmovisión del conjunto eco-social.

Sin intenciones de abordar la infinidad de cuestiones que se presentan a la hora de comparar el derecho consuetudinario indígena con el llamado derecho positivo "Occidental" o derecho moderno (pues excederían la temática de estudio)⁹⁸, interesa hacer foco en la cuestión relacionada con las tierras, toda vez que constituye un punto altamente sensible, donde se entremezclan y contrastan la autodeterminación indígena con la necesidad de avanzar con proyectos de desarrollo a través de la explotación de los recursos naturales.

Cabe señalar que, en las culturas indígenas, el tipo de relación del hombre con la tierra es totalmente distinto al que se observa en la cultura "moderna" (de tradición europea). La relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Las comunidades originarias conciben la tierra no como un simple instrumento de producción, sino como una parte del espacio geográfico, social, simbólico, espiritual y religioso, con el cual se vincula su historia y su dinámica actual. Es decir, su esencia se deriva de su relación con la tierra, y ese vínculo es fundamental para su autoidentificación. En ese orden, la salud física, mental y social de estos pueblos está vinculada con el concepto de tierra.

Tradicionalmente, las comunidades originarias han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos. Y ello frecuentemente colisiona con las actividades proyectadas por el Estado en pos del desarrollo, que -en ocasiones- generan impactos directos e indirectos sobre esas comunidades, y en el peor de los casos, inducen al desplazamiento de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra.

Cabe recordar el profundo contraste entre la visión "occidental" y la cosmovisión indígena: la primera ubica en el centro del universo al ser humano, todo gira en torno a él y está a su merced, mientras que la cosmovisión indígena considera en ese centro a "La madre Tierra", y no admiten una alteración de sus componentes que altere su equilibrio.

Al respecto, se ha dicho -acertadamente- que **"Subyace en la problemática un conflicto de paradigmas, y cosmovisiones contrapuestos, concepciones y criterios diferentes que especifican esos conceptos formales y producen resultados distintos en su aplicación. Cuando las comunidades indígenas reclaman la autodeterminación en el uso de los recursos naturales, lo hacen desde una perspectiva cosmológica contrapuesta a la de la cultura dominante: no es el principio de propiedad lo que impulsa el reclamo, sino la reivindicación de sus derechos colectivos ancestrales, previos a la institución de los Estados Nacionales y el**

⁹⁸ A modo de ejemplo, nótese que hasta en la cuestión penal, muchas acciones tipificadas como delitos en el derecho "moderno" podrían no ser consideradas ilícitas para el derecho indígena, y viceversa. En caso de conflicto, el límite estará dado por el respecto a los derechos humanos fundamentales, que deben ser garantizados.

principio de propiedad privada que los sustentaron fundacionalmente”⁹⁹ (El resaltado es propio).

Para mayor comprensión, en la siguiente ilustración se sintetizan los puntos en contraste de ambas cosmovisiones:

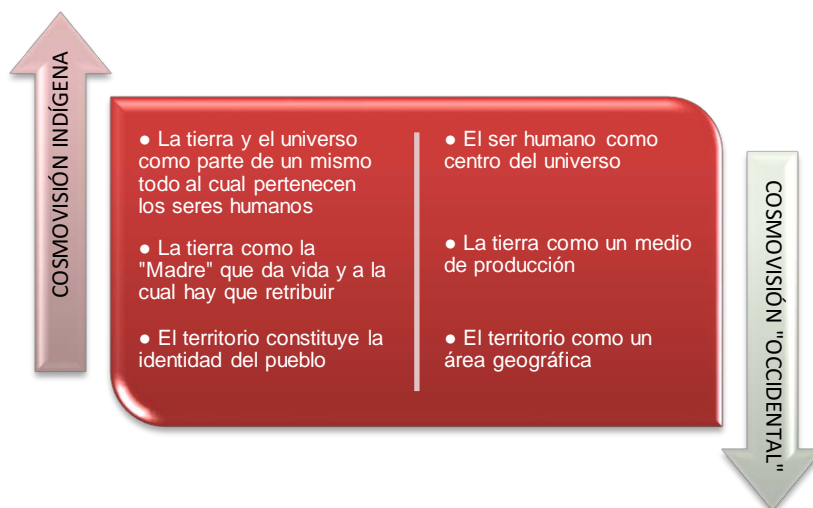


Ilustración 6: Cosmovisiones contrapuestas. Fuente: elaboración propia

Para entender la magnitud del problema, también es necesario comprender el error de pretender asimilar la propiedad comunitaria indígena con el concepto tradicional de propiedad que surge del derecho romano/francés. En este sentido, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas expresó: *“El INAI entiende, con respecto a la posesión indígena de la tierra que es sensiblemente distinta a la regulada en el Código Civil. La ocupación se manifiesta de manera diferente y no siempre es evidente por el modo cultural de producción que no incluye, como ocurre en las sociedades de tecnología compleja, la práctica de transformación masiva de la naturaleza”*.¹⁰⁰

Al respecto, el artículo 18 del Código Civil y Comercial (CCC) establece que: *“Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”*. Nótese que el artículo fue incorporado dentro del Título “Derechos y Bienes” y no dentro del Libro IV destinado a los Derechos Reales, es decir, se le

⁹⁹ Lamberti, Alicia M.; *Cuestiones de derecho procesal ambiental en la defensa de derechos colectivos de los pueblos originarios: estado de la jurisprudencia*; Thomson Reuters, SJA 18/12/2013, 18/12/2013, 45; Cita Online: AR/DOC/6786/2013.

¹⁰⁰ INAI, *“Tierras y Registro Nacional de Comunidades Indígenas”* (<https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/08/6.-INAI-Tierras-y-registro-nacional-de-comunidades-ind--genas.pdf>).

otorga una categoría especial. Y en esa línea, la Disposición Transitoria Primera (artículo 9 de la Ley 26.994¹⁰¹), indica que: *“Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial.”*

En ese orden, se intenta avanzar hacia el efectivo reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, instituto que presenta características muy distintas al derecho de propiedad civilista. Y esas particulares características se relacionan con el especial vínculo espiritual que las comunidades tienen con su territorio (que rebasa lo meramente administrativo o formal), y con el carácter “colectivo” de esa propiedad¹⁰².

En cuanto al aspecto comunitario o colectivo, se ha dicho que: *“La propiedad comunitaria o colectiva es aquel dominio que no pertenece a una persona física o jurídica específica o concreta. Corresponde de manera indivisa e indeterminada a un grupo o conjunto de personas físicas pertenecientes a un grupo étnico o social definido”*.¹⁰³

En tal entendimiento, es claro que el alcance del derecho de propiedad no se asemeja a la clásica regulación del derecho civil. Señala Highton que: *“La propiedad comunitaria es una propiedad al servicio de la comunidad real, viva, que conlleva jerarquía y especialización de funciones, de sentido de solidaridad, conciencia del nosotros. Su definición no afecta en cuanto al derecho de usar, gozar y disponer de una cosa. Esta noción abstracta no cambia. Sus modos de ejercicio sí cambian. Una propiedad tal, debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve”*.¹⁰⁴

Por otra parte, y en razón del mandato constitucional, ninguna de esas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos (ver artículo 75 inciso 17). Estas restricciones (ideadas obviamente para la protección de esas minorías) podrían significar inconvenientes para el desarrollo de proyectos energéticos y la explotación de los recursos naturales (amén del derecho de participación en su gestión, que la propia norma les confiere a los pueblos indígenas).

En tal sentido, bastaría pensar: ¿Qué ocurriría -por ejemplo- cuando la modalidad de explotación o el transporte de los recursos o de la energía generada requieren la constitución de algún tipo de servidumbre?

Si bien se ha considerado que *“la interpretación armónica de los textos legales indica que la restricción constitucional no aplica a la constitución de servidumbres legales, es decir, aquellas establecidas por ley por razones de utilidad pública y aquellas a las que el nuevo*

¹⁰¹ Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires, 8 de octubre de 2014.

¹⁰² En los sistemas jurídicos occidentales, existe una tendencia a individualizar el derecho de propiedad, ya sea en personas físicas o en personas jurídicas.

¹⁰³ Scotti, Edgardo O.; *“Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería jurídica y régimen de la propiedad comunitaria”*; El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 495; Cita Digital: ED-DCCLXX-354.

¹⁰⁴ Highton de Nolasco, Elena I., *“El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”*; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 1994, Nº 7, Derecho Privado en la reforma constitucional.

Código Civil y Comercial denomina *servidumbres forzosas* (art. 2166)¹⁰⁵; y que “...en aquellas relacionadas con la explotación de recursos naturales, una interpretación en otro sentido convertiría en vacío el dominio originario de los recursos naturales por parte de las provincias, siendo, consecuentemente, violatorio del art. 124 de la CN”¹⁰⁶, el tema no está exento de potenciales conflictos, y la realidad así lo demuestra¹⁰⁷.

En razón de ello, y de los profundos contrastes señalados párrafos arriba, se vislumbra como indispensable poder ensamblar y articular –de manera institucional- el derecho consuetudinario indígena con la normatividad positiva del Estado. En definitiva, ante el avance del desarrollo, y la necesidad de avanzar a la par para satisfacer la creciente demanda de energía, no puede soslayarse la necesidad de diseñar mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, garantizando en todo caso el respeto por los derechos fundamentales.

A.3.4. El consentimiento libre, previo e informado

El consentimiento libre, previo e informado es más que una simple consulta. Conforme se adelantó en el acápite A.2.1, la segunda parte del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que las consultas deberán efectuarse “...con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas profundiza los requisitos de ese propósito, al establecer que el consentimiento debe ser “...libre, previo e informado” (ver art. 19 de la Declaración). En igual sentido lo recepta la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ver art. XXIX -incisos 4° y 5°-, entre otros).

¹⁰⁵ Siano, Juan Martín; “La propiedad indígena. Su estatus con la sanción de la ley 27.400 y su relación con la explotación de recursos naturales”; *El Derecho - Constitucional*, Tomo 2018 M, 287; Cita Digital: ED-DCCLXXVII-228.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la controversia que se generó con la sanción de la Ley 5915 de la provincia de Jujuy, que establece el régimen de creación de servidumbres administrativas de electroducto para el desarrollo de proyectos de generación eléctrica a partir de fuentes renovables sobre inmuebles de propiedad comunitaria, que motivó fuertes cuestionamientos de las comunidades originarias.

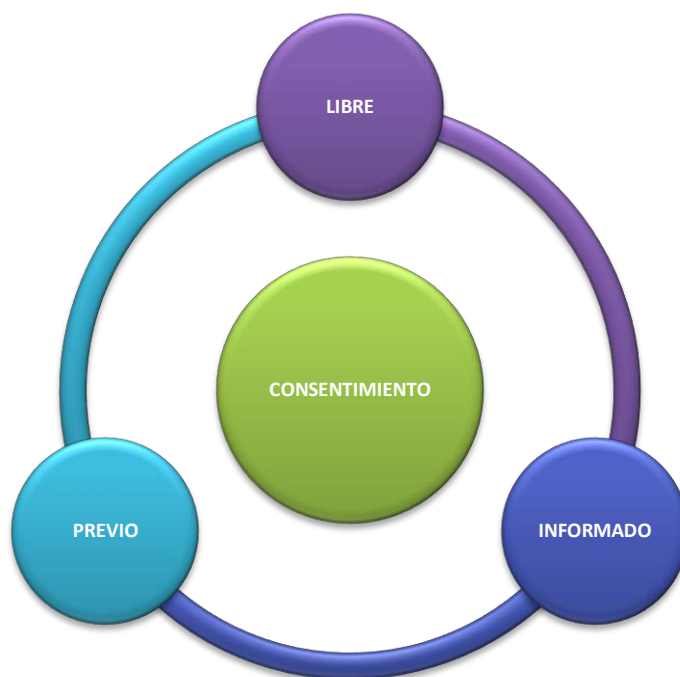


Ilustración 7. Fuente: elaboración propia.

Esta cuestión resulta trascendental, principalmente por dos motivos:

- (i) En primer lugar, por las falencias que se observan -en la práctica- en cuanto al cumplimiento de los mencionados requisitos (frecuentemente soslayados), que pueden llegar a poner en riesgo el desarrollo de los proyectos energéticos y comprometer la responsabilidad internacional del Estado; y
- (ii) En segundo lugar, por la contradicción -observada en los reclamos judiciales- respecto de lo que las partes entienden en cuanto a los alcances o efectos de la decisión que se adopte. Es decir, si la consulta que se realiza a las comunidades indígenas les concede -o no- un “derecho a veto” respecto de las medidas propuestas por el Estado.

Muchos de estos problemas se deben -o al menos se amplifican- debido a la falta de reglamentación respecto del procedimiento a seguir a la hora de encarar un proceso de consulta. En tal sentido, deviene necesaria la sujeción a reglas claras previamente consensuadas, tendientes a evitar los permanentes obstáculos que se suscitan ante el vacío legal (que pueden surgir por discrepancias en cuanto a las formas, plazos, recursos y logística, lugar, entre muchos otros).

Seguidamente se ahondará en cada uno de los requisitos que la norma prevé:

- **Consentimiento**

Al hablar de consentimiento, se alude a la decisión colectiva que adopten las comunidades originarias afectadas, a través de sus procedimientos habituales de toma de decisiones.

En tal entendimiento, el consentimiento implica: (i) Una decisión otorgada libremente, que

puede ser reconsiderada si el proyecto o las actividades propuestas se modifican, o si surge nueva información relevante para ello; (ii) Una decisión colectiva determinada por las comunidades afectadas de acuerdo con sus propias costumbres y tradiciones (adoptada por consenso, mayoría, o cualquier otra forma deliberativa que utilicen); y (iii) La expresión de sus derechos (a la libre determinación, cultura, tierras, recursos y territorios).

Si bien la finalidad del proceso de participación y consulta debe ser alcanzar un acuerdo (consentimiento) entre las partes involucradas, esto no significa que todos los procesos de consulta llevarán al consentimiento y la aprobación de las comunidades originarias afectadas. En este sentido, es obvio que los pueblos en cuestión tienen el derecho a elegir participar, negociar y decidir otorgar o negar el consentimiento. No obstante, el gran problema se presenta en esta última hipótesis, por las expectativas contrapuestas que acarrea esa decisión. Es decir, mientras que las comunidades originarias entienden que la negativa de su consentimiento implica necesariamente que el proyecto no podrá realizarse, la postura gubernamental debe ponderar los intereses de toda la sociedad en su conjunto. Esto constituye el punto neurálgico del conflicto, y se verá con mayor claridad en el estudio de casos (ver apartado B).

El consentimiento, entendido como el horizonte o la finalidad del proceso de consulta, significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del acuerdo. Sin embargo, se sostiene que, *“en muchos casos, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra el consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión”*.¹⁰⁸

No obstante, en determinadas circunstancias existe la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, más allá de la obligación general de hacer del consentimiento el objetivo o finalidad de las consultas. Por ejemplo, hay algunos casos previstos en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los que debe haber consentimiento previo: i) cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan; ii) cuando se pretenda almacenar o realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas; iii) cuando se considere la ejecución de proyectos de gran envergadura, que pudieran poner en riesgo la existencia misma de un pueblo.

En general, se observa que la importancia de obtener el acuerdo o el consentimiento es mayor mientras más severas sean las posibles consecuencias, afectación e impacto para las comunidades indígenas involucradas. Por ejemplo, si el proyecto constituye un peligro para la continuación de la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.

En definitiva, el derecho a ser consultados tiene como finalidad que las comunidades originarias puedan influir (a través de un diálogo libre, equilibrado y no condicionado) en las decisiones del Estado que sean susceptibles de afectarlas en sus derechos colectivos. Mediante el proceso de consulta, las autoridades gubernamentales y las referidas comunidades, deben intentar, de buena fe, llegar a un acuerdo acerca de cómo evitar, prevenir

¹⁰⁸ Clavero, Bartolomé; “Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, inédito (documento elaborado en respuesta a una consulta de la Confederación Mapuche Neuquina), enero de 2010. Citado por Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela en “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino”; 2da ed.: 2010- ODHPI, Neuquén; p. 129.

o mitigar la afectación si ésta es negativa, o en el mejor de los casos, cómo potenciarla si es positiva.

Los acuerdos que se logren entre el Estado y las comunidades indígenas como resultado del proceso de consulta son obligatorios (vinculantes) para todas las partes. En caso de desacuerdos, las partes deberán fundamentar sus razones y continuar con el diálogo de buena fe, a los fines de encontrar soluciones alternativas capaces de prevenir o mitigar la posible afectación.

En ese orden, y más allá de las posturas contradictorias que se mencionaron en cuanto a los alcances o efectos jurídicos del consentimiento, desde la OIT se sostiene que *“El derecho a veto como figura legal no existe”,* y que *“En caso de que no se alcance un acuerdo o si finalmente queda algún punto de desacuerdo corresponde al Estado adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.*¹⁰⁹

Además, desde el mentado organismo se subraya que *“incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y la propiedad”.*¹¹⁰

Lo expuesto significa que, el consentimiento debe entenderse no como un derecho sino como un principio conexo al derecho a la consulta, toda vez que llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas es la finalidad de la consulta.

- **Libre**

El consentimiento es libre cuando es otorgado de manera voluntaria, sin ningún tipo de coerción, manipulación o intimidación. Sin ninguna presión exterior (como podrían ser los incentivos monetarios)¹¹¹, ni las tácticas de “dividir para conquistar”.

Es decir, refiere a un proceso en la toma de decisiones que es auto conducido por la comunidad de la cual se busca obtener el consentimiento, no comprometidos por coerción, expectativas de determinados resultados, ni plazos apremiantes arbitrariamente impuestos. Ello presupone que: (i) Las partes directamente interesadas determinan el proceso, los plazos y la estructura de toma de decisiones; (ii) La información es ofrecida en forma transparente, objetiva, completa y clara; (iii) El proceso está libre de coerción, sesgo, condiciones, sobornos o premios; (iv) Las reuniones y las decisiones tienen lugar en ubicaciones y momentos previamente determinados por las partes, al igual que los idiomas y formatos; y (v) Todos los miembros de la comunidad tienen libertad de participar.

Además, requiere por parte del Estado el compromiso de aportar los recursos necesarios para que las deliberaciones puedan llevarse a cabo en equivalencia de condiciones.

- **Previo**

¹⁰⁹ Ver documento de la Oficina Internacional del Trabajo sobre el Convenio 169 *“El derecho a la consulta”*, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_445528.pdf

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ Excepto que formen parte de un acuerdo final conjunto.

Previo, implica que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta con las comunidades originarias. En otras palabras, se refiere a un período de tiempo anterior a un proyecto o actividad, durante el cual se debe intentar lograr un acuerdo, al igual que el período entre el cual se busca obtener el consentimiento y el momento en el que aquel es otorgado o negado.

Abarca las etapas tempranas de un plan de desarrollo o inversión, e implica: (i) Proporcionar a las comunidades indígenas el tiempo suficiente (acorde a sus procesos de toma de decisiones) para comprender, acceder y analizar toda la información acerca del proyecto en cuestión; (ii) Proporcionar la información del proyecto antes del inicio de cualquier actividad, proceso o fase de implementación; y (iii) Respetar el marco de tiempo determinado para la toma de decisiones de acuerdo a sus procesos y tradiciones, de forma tal que se garantice el tiempo necesario para comprender, analizar, y evaluar las actividades propuestas.

- **Informado**

Se refiere principalmente a la naturaleza de la participación y al tipo de información que debe ser proporcionada antes de tratar de obtener el consentimiento y también como parte del proceso continuo de consentimiento a lo largo del proyecto.

Para cumplir este principio, la información debería reunir ciertos requisitos, a saber: (i) Ser accesible, clara, transparente, consistente, exacta y constante; (ii) Proporcionada en un idioma y formato culturalmente apropiado a las comunidades participantes; (iii) Ser objetiva, es decir, que abarque tanto los aspectos positivos como los negativos que conlleva el proyecto, así como las consecuencias de otorgar o negar el consentimiento; (iv) Ser completa, lo que implica cubrir el espectro de impactos potenciales sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales; (v) Proporcionada de tal forma que refuerce y no debilite las culturas originarias o locales; (vi) Proporcionada por personal idóneo, técnica y culturalmente preparado, y en sitios apropiados; (vii) Proporcionada con suficiente antelación, para ser analizada, comprendida y verificada por las comunidades originarias; (viii) Alcanzar a todas las comunidades que potencialmente se verían afectadas por el proyecto; y (ix) Proporcionada sobre una base permanente y continua durante el proceso de consulta.

Además de los impactos mencionados, la información debería abarcar aspectos relacionados con el ritmo y alcance del proyecto propuesto, reversibilidad, propósito, duración, lugares o zonas que se verán afectados, el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto; y los procedimientos que demandará.

A.3.5. Cumplimiento de la normativa en Argentina. Necesidad de reglamentar el proceso de consulta

A lo largo de este trabajo, se explicó que la consagración del derecho de participación implica que las comunidades originarias siempre deberán ser consultadas cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas, ya sea en forma directa como indirecta.

No obstante, el cumplimiento de la normativa estudiada –en Argentina– aún se encuentra muy distante de lo que debería ser, y ello representa un potencial riesgo para la inversión y el desarrollo de proyectos energéticos. Máxime teniendo en cuenta los principios que emanan de las Declaraciones internacionales sobre el tema, que evidencian como

insuficiente incluso el simple hecho de garantizar la efectiva participación de los pueblos, toda vez que, además, exigen de los gobiernos asegurar verdaderas condiciones para que el acuerdo sea alcanzado por medio de un consentimiento que tiene que ser previo, libre e informado.

Al respecto, en su Observación general sobre el Convenio 169, la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que: *“En la víspera del 20º aniversario de la adopción del Convenio, la Comisión toma nota de que el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para **la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países.** Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo”*¹¹² (El resaltado es propio).

En igual sentido, pero referido exclusivamente a nuestro país, se ha expresado que: *“...los funcionarios de todos los niveles gubernamentales deben estar preparados para trabajar conjuntamente con los pueblos y organizaciones indígenas cuando pretendan tomar decisiones que influyan sobre los mismos, a los fines de llegar a una situación de consenso a través de mecanismos eficaces y adecuados a cada situación particular que se plantee. En este aspecto, lamentamos que nuestro país vaya un paso atrás en esta cuestión, ya que mientras que en el derecho internacional de los derechos humanos el debate gira en torno al “derecho al consentimiento libre, previo e informado”, nuestras comunidades indígenas están luchando todavía por su derecho de consulta y de participación, que lamentablemente es sistemáticamente vulnerado”*.¹¹³

Similar conclusión se observa en el informe de la relatoría de los derechos de los Pueblos originarios del Alto Comisionado de Naciones Unidas -efectuado por James Anaya y citado por García Minella (2014)- donde se remarcó que la República Argentina “(...) ha realizado pasos importantes para reconocer los derechos de los pueblos indígenas en el país. Estos pasos incluyen las reformas de la Constitución de la Nación de 1994 en materia de los pueblos indígenas, la adopción de la ley 26.160 que inicia un proceso para contribuir a la regularización de las tierras indígenas del país, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y el voto en la Asamblea General a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, **persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación real.** Es necesario que el Estado, tanto a nivel federal como provincial, priorice y dedique mayores esfuerzos a los temas relacionados con los derechos humanos de los pueblos indígenas. En particular, el Estado debe adoptar políticas públicas claras, así como elaborar medidas legislativas y administrativas adicionales para impulsar un mayor conocimiento y acción estatal en materia

¹¹² OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación general sobre el Convenio núm. 169. Publicación: 2009 (el resaltado es propio).

¹¹³ Chiacchiera Castro, Paulina R.; *La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)*; Sup. Const- 2008 (setiembre), 01/01/2008, 1 - LA LEY 2008-E, 1073; Cita Online: AR/DOC/2213/2008.

indígena entre todos los poderes del Gobierno".¹¹⁴ Además, la autora aclara que en el informe transcripto, el Relator Especial aborda un enfoque específico en temas relacionados al reconocimiento y protección de tierras y recursos naturales, incluyendo el programa de relevamiento territorial y las industrias extractivas y agropecuarias, entre otros aspectos.

En efecto, y tal como se verá en el punto "B" al estudiar los casos seleccionados para este trabajo (entre muchos similares que han quedado excluidos), el instituto del derecho de participación y consulta, en nuestro país, requiere una mayor atención y esmero, en miras a lograr el cumplimiento efectivo del deber legal. Pues, en la práctica, se observa cierta reacción tardía en cuanto al cumplimiento de esta normativa (frecuentemente impulsada por mandatos judiciales) que coloca al Estado Nacional en una posición defensiva y crítica, en la que no debería estar.

En el apartado A.3.1, se explicó que el hecho de considerar operativas a las normas aplicables a este instituto no impide abogar por su pronta reglamentación. Por el contrario, el establecimiento anticipado y expreso de pautas y procedimientos claros, partes involucradas, interlocutores, plazos de cumplimiento, formas, lugares, carácter y alcance de las decisiones que se adopten (entre muchas otras cuestiones), contribuiría enormemente a superar esas dificultades, y a lograr un diálogo genuino basado en la buena fe.

Esto guarda un vínculo estrecho, además, con el consenso social que indefectiblemente requiere la puesta en marcha de proyectos energéticos de gran envergadura, sin el cual estarían condenados al fracaso, o, al menos, correrían serio riesgo de poder lograrse y funcionar adecuadamente. Por ello, resulta indispensable lograr la adhesión de los pueblos o comunidades en cuyas adyacencias pretendan desarrollarse. Desde ya que no será posible lograr la referida licencia social si las comunidades no advierten un compromiso serio, duradero y de buena fe, tanto por parte de las autoridades gubernamentales como por las empresas vinculadas al proyecto, con el debido respeto y cuidado de sus hábitats y ecosistemas.

Para ello, hay que tener presente que la identidad cultural de un pueblo se desarrolla a través del ambiente que lo rodea, y que cualquier alteración drástica coloca a las comunidades indígenas en una situación de vulnerabilidad. Cabe recordar que una de las raíces de la conflictividad intrínseca radica especialmente en que se impulsan intervenciones desde una cosmovisión contrapuesta a la de las comunidades originarias, toda vez que el pensamiento y la posición histórica dominante consideran al territorio como un espacio abstracto, interpretado desde un punto de vista productivista, fundado en el sentido de propiedad de la tierra y de sus recursos. Y aquí es donde se vislumbra como necesaria la intervención de todas las partes para avanzar en la reglamentación.

En definitiva, si bien se ha producido una importante transformación en las últimas décadas en lo que respecta a este derecho que asiste a las comunidades originarias, se debe seguir trabajando en pos de la eliminación de la brecha que existe entre la enunciación y la aplicación de la referida legislación, tanto a nivel nacional como provincial.

B – ESTUDIO DE CASOS

¹¹⁴ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Argentina*, 4/7/2012, <http://www.ohchr.org/documents>, pp. 1 (Citado por García Minella, Gabriela, en su artículo: "A veinte años de la reforma constitucional de 1994". *La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas*; Thomson Reuters, RDAmb 40, 04/12/2014, 205; Cita Online: AR/DOC/5814/2014).

En esta sección se propone analizar, a través del estudio de casos judiciales, la aplicación del derecho de consulta de los pueblos indígenas en nuestro país. En el entendimiento de que el estudio de la normativa, llevado a una realidad concreta y a la práctica judicial, contribuye a una mejor comprensión de la real dimensión de la cuestión, del sentido y alcance de las normas, y del potencial problema que subyace si no se toman las acciones adecuadas y en tiempo oportuno.

Para ello, en primer lugar, se seleccionarán tres casos de relevancia en Argentina, donde las comunidades originarias hayan denunciado incumplimientos respecto del proceso de consulta, e intentado impedir o frenar la realización de las obras (ver B.1). Seguidamente, se detallará cada uno de los reclamos interpuestos por las comunidades originarias, que incluye tanto las pretensiones de fondo como las medidas cautelares requeridas en el escrito de demanda (ver B.2). Para cerrar el capítulo, se evaluará cada una de las resoluciones adoptadas en los casos seleccionados (ver B.3).

B.1 – SELECCIÓN DE CASOS

En la selección de casos se procuró incluir proyectos energéticos de variada índole y localización geográfica, pero con un denominador común: la denuncia de comunidades originarias respecto del incumplimiento en cuanto al proceso de consulta libre, previa e informada, y el intento de impedir o paralizar la realización de las obras.

B.1.1. Caso N° 1: Represas hidroeléctricas en el Río Santa Cruz

El Aprovechamiento Hidroeléctrico del Río Santa Cruz consiste en la construcción de dos represas y sus respectivas centrales de generación eléctrica sobre el río Santa Cruz¹¹⁵, ubicado en la provincia homónima. Estas centrales, denominadas “Cóndor Cliff” y “La Barrancosa”, se ubicarán entre el Lago Argentino y un punto ubicado a 135 km aguas arriba de la localidad de Comandante Luis Piedrabuena.

Este proyecto cuenta con una larga historia, ya que sus inicios se remontan a la década del 20, cuando la ex Agua y Energía Eléctrica tenía a cargo su desarrollo. Entre 1948 y 1980

¹¹⁵ El río Santa Cruz es uno de los cursos hídricos más importantes de Argentina. Tiene una longitud de 385 km. Nace en el desagüe de los lagos Viedma y Argentino, y sus aguas son de origen glacial, provenientes del deshielo de los ventisqueros del parque nacional Los Glaciares. Sus fuentes más lejanas están en el lago Viedma (de más de 80 km de longitud), que a través del río La Leona, de 50 km de longitud, desagua en el lago Argentino (de más de 65 km de longitud). Atraviesa un amplio valle que varía entre 3 y 15 km, con barrancas en forma de 'bardas' cuya altura llega a superar los 200 m. En el primer tramo el río recorre, en forma de meandros, un amplio valle de factura glaciar que cuenta con tres arcos morrénicos coincidentes con sendas pulsaciones glaciarias del cuaternario. El río tiene un ancho promedio de 150 m y una profundidad entre 6 y 15 m. Corre por 385 km hacia el este antes de alcanzar el océano Atlántico, en el que desemboca en un profundo estuario, que comparte con el río Chico. Tiene un caudal de 790 m³/s en promedio, y es utilizado para irrigación. Las aguas del río Santa Cruz están alimentadas por las precipitaciones (de nieves y lluvias) en sus cabeceras glaciares del campo de hielo continental. El pico de creciente se da entre noviembre y marzo y su estiaje en septiembre. Además, su cuenca es la más importante de la Argentina, luego de la cuenca del Plata y de la del río Negro. Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/R%C3%ADo_Santa_Cruz

se realizaron una serie de estudios preliminares y los primeros anteproyectos. No obstante, recién a partir de 2017¹¹⁶ se viabilizó el proyecto y comenzó su avance.

La cuenca del río Santa Cruz, donde se localizará el proyecto, presenta dos áreas sensibles desde el punto de vista de la sustentabilidad ambiental: a) Hacia el oeste, la presencia del Lago Argentino (donde nace el río Santa Cruz); b) Hacia el este, el tramo inferior y el estuario, donde se produce su desembocadura en el océano Atlántico.

Según información brindada por la empresa Integración Energética Argentina Sociedad Anónima (IEASA)¹¹⁷, a partir de ciertos cambios en el proyecto, se eliminaron las principales afectaciones ambientales pronosticadas inicialmente:

-La central La Barrancosa descargará en forma permanente el mismo caudal de agua que ingrese desde el Lago Argentino al río Santa Cruz, manteniendo el mismo régimen natural del río;

-Se garantiza el desacople del embalse Cóndor Cliff respecto del Lago Argentino para la no afectación de los niveles del lago y, por ende, la no afectación de los glaciares ubicados en la zona oeste de la cuenca.

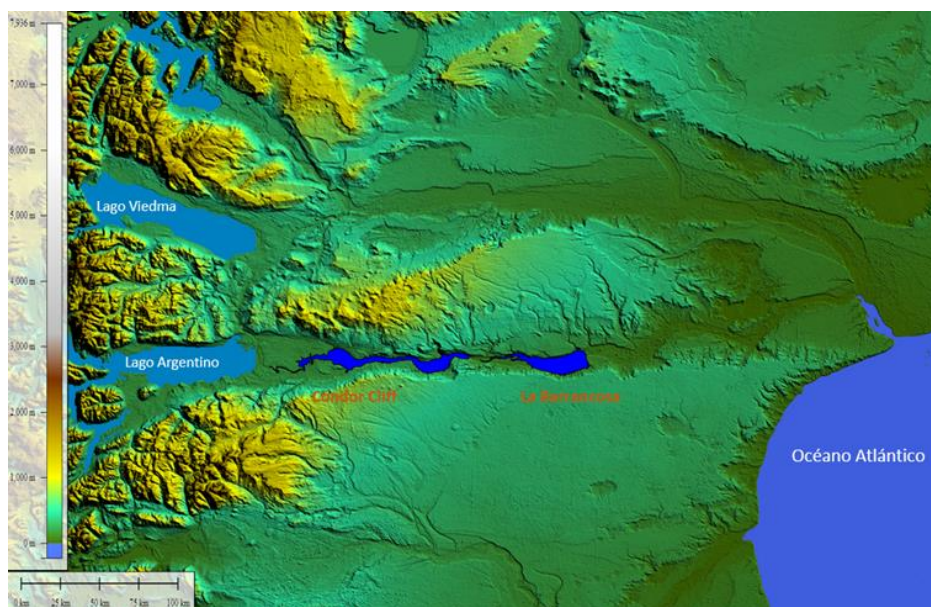


Ilustración 8. Ubicación de los Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz.
Fuente: IEASA

Se efectúa esta aclaración, toda vez que al retomarse el proyecto, organizaciones

¹¹⁶ Se aclara que, a los efectos de considerar la viabilidad y avance del proyecto, se toma en consideración el levantamiento de la medida cautelar que había sido dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que esa medida suspendía la ejecución de las obras principales.

¹¹⁷ Conforme lo normado por el Decreto 882/2017, la empresa estatal EASA asume el rol de comitente y continuadora de las obras correspondientes a los Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz (entre otras).

ambientalistas iniciaron dos acciones judiciales¹¹⁸, que derivaron en la medida cautelar dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 21 de diciembre de 2016, que suspendía la ejecución de las obras principales de los aprovechamientos (exceptuando las tareas preliminares del proyecto ejecutivo y obras complementarias), hasta que se implementara el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia pública prevista en la Ley 23.879.

Finalmente, el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA)¹¹⁹ sobre los aprovechamientos hidroeléctricos del río Santa Cruz -preparado por la ex EBISA (2017), bajo la encomienda de la Secretaría de Energía Eléctrica de la Nación- fue aprobado a nivel nacional y provincial, a la vez que se cumplió con la realización de la Audiencia Pública¹²⁰ prevista en la norma. En razón de ello, en septiembre de 2017 se decretó el levantamiento de la referida medida cautelar.

Cabe señalar que, para el caso específico de este proyecto, el Estudio de Impacto Ambiental realizado puede dividirse en diferentes aspectos temáticos, que permiten una mejor comprensión de sus componentes:

- *Patrimonio histórico-cultural y medio socioeconómico*
- *Medio biótico*
- *Medio físico*

La amplia temática comprendida dentro de los últimos dos componentes (medios biótico y físico) si bien puede presentar cierta conexión, excede ampliamente el objeto de este trabajo. Distinto es el caso del primer componente mencionado -Patrimonio histórico-cultural y medio socioeconómico-, pues guarda estrecha relación con las cuestiones en debate. Por lo tanto, se señalan a continuación aspectos esenciales relacionados con las comunidades indígenas.

La totalidad de la información socio-económica presentada en el Estudio de Impacto Ambiental, fue analizada en base a una diferenciación de dos áreas de influencia social del proyecto:

- (i) *Área de influencia social directa*: es la zona en la cual el proyecto generará impactos más directos sobre la población (Incluye el área de inundación, pero también la excede);
- (ii) *Área de influencia social indirecta*: es la zona en la cual los impactos sobre la población serán, tal como lo indica su nombre, indirectos.

Dentro del área social directa (i), más específicamente en el área de inundación, no

¹¹⁸ Autos: "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz Provincia de y otro s/ Amparo ambiental" (Expte. CSJ 005258/2014); y "Fundación Banco de Bosques para el Manejo Sustentable de los Recursos Naturales c/ Santa Cruz, Provincia de y otros s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad" (Expte. CSJ 004390/2015).

¹¹⁹ El Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto consiste en varias etapas: 1) Un estudio de base de todos los componentes socioambientales de la zona en la que se pretende realizar el proyecto; 2) Un análisis de los posibles impactos que generaría el proyecto sobre todos los componentes socioambientales estudiados en el paso anterior; 3) Un plan de las medidas de prevención, mitigación y compensación de los posibles impactos previstos en el punto anterior. En ese punto, aparece la figura del Plan Director de Gestión Ambiental (PGA), que pretende orientar esta planificación de actividades tendientes a brindar sostenibilidad al proyecto en sus distintas etapas, a fin de minimizar los impactos negativos y maximizar los positivos.

¹²⁰ Celebrada en el marco del Congreso de la Nación, los días 20 y 21 de julio de 2017.

hay comunidades originarias asentadas, por lo que el aprovechamiento no requiere el reasentamiento involuntario de población. Asimismo, no se registran áreas protegidas, lo cual le otorga mayor viabilidad social al proyecto.

Ahora bien, dentro del área social indirecta (ii) existen diversas áreas protegidas sobre las que no se prevé afectación alguna por la construcción y funcionamiento de las presas. Sin embargo, se plantea en el PGA un estricto plan de seguimiento y monitoreo para detectar cualquier impacto que pudiera haber sobre la fauna silvestre.

Asimismo, dentro de la totalidad del área de influencia del proyecto –directa e indirecta–, para la población impactada por el proyecto -tanto de forma positiva, como negativa- se proponen diversas medidas que permitan potenciar las oportunidades que brinda el proyecto y mitigar los impactos negativos que éste podría generar sobre dichas comunidades. En relación a este punto, el Plan de Gestión Ambiental sostiene una perspectiva sociocultural que contempla y pone en valor la cosmovisión y costumbres de las comunidades originarias. Esta perspectiva se pone de manifiesto en los diversos programas que componen el PGA, en los planes de monitoreo y de gestión social, y en las propuestas para la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural (arqueológico e histórico) y natural (paleontológico y geológico).

Con respecto a los programas propuestos en el PGA, que contemplan los impactos que puede generar la modificación del curso natural del río sobre las creencias y aspectos simbólicos de los pueblos originarios, en el Programa de relacionamiento comunitario y comunicación, se incluye la consulta previa, libre e informada de las comunidades originarias, que ampara el pleno ejercicio de sus derechos en lo concerniente al desarrollo de la institucionalidad de la consulta y en el tratamiento del patrimonio arqueológico y de restos mortales de sus ancestros.

Por otra parte, los programas para la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural y natural son:

- (i) El Programa de protección de patrimonio cultural (arqueológico e histórico) que incluye:
 - a. Un Subprograma de respuesta en casos de hallazgos fortuitos;
 - b. Un Subprograma de rescate arqueológico.
- (ii) El Programa de rescate de hallazgos paleontológicos;
- (iii) El Programa de rescate geológico.

Estos programas indican que, en los sitios que puedan ser afectados por las obras, se deberá realizar una supervisión arqueológica previa, con profesionales competentes, quienes dispondrán del tiempo necesario para tareas de relevamiento y rescate de los hallazgos. Asimismo, las capacitaciones sobre el procedimiento ante hallazgos fortuitos están dirigidas a los trabajadores del proyecto y contempla sanciones en casos de incumplimientos.



Ilustración 9: Pequeñas cuevas con arte rupestre en la zona del proyecto. Fuente: elaboración propia (imagen capturada durante el reconocimiento judicial en la zona de obras)

Para el caso de los restos humanos que pudieran encontrarse (en *chenques* u otros contextos), tal como establece la Ley 25.517, se deberá dar intervención a los Pueblos Originarios a través de sus instituciones representativas, a las autoridades de Patrimonio Cultural Provincial y al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).



Ilustración 10: Demarcación de posibles chenques. Fuente: elaboración propia (imagen capturada durante el reconocimiento judicial en la zona de obras)

Asimismo, los programas también incluyen la continuación del rescate arqueológico y paleontológico en el área de inundación y polígonos de obra, como así también trabajos de investigación enmarcados en las leyes aplicables a la materia.

Con respecto al paisaje, las acciones de construcción inevitablemente producirán cambios de diferentes dimensiones en las actuales percepciones del paisaje que tiene la población local. Ahora bien, se pueden identificar dos perspectivas diferentes sobre el paisaje: por un lado, la presencia de las presas, que implican la introducción de un elemento ajeno al paisaje original, se evalúa como impacto negativo; por otro lado, se considera que la generación de un embalse en una zona con problemas hídricos puede ser evaluada como un impacto positivo. Asimismo, un posible uso multipropósito de los embalses, también podría generar impactos positivos sobre la economía, por potenciales emprendimientos turísticos y recreativos, y el desarrollo de proyectos de riego en las costas de los campos, que podrían beneficiar a la producción local.

Los párrafos precedentes intentan describir, a grandes rasgos, el estado de situación del proyecto denominado "Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz" para la época en que la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu interpuso una acción de amparo ante el fuero Federal de la ciudad de Río Gallegos, conforme se explicará en el apartado B.2.1.

B.1.2. Caso N° 2: Exploración y explotación del litio en Salinas Grandes

La posibilidad de extraer litio de los salares de la puna argentina -incluida dentro del

llamado “Triángulo del Litio”¹²¹ conformado por Chile, Argentina y Bolivia- genera situaciones de conflicto entre las comunidades originarias, las empresas mineras, y los gobiernos.

En Argentina, las provincias vinculadas a la minería de litio son esencialmente Jujuy, Salta y Catamarca.



Ilustración 11: Triángulo del Litio. Fuente: InfoAgro 14/09/2019 (www.agroruralnoticias.com.ar)

La subcuenca de Laguna de Guayatayoc-Salinas Grandes (que forma parte de la “Cuenca Cerrada de la Puna”), es un territorio ubicado a 3.500 metros de altura sobre el nivel del mar, dividido entre los departamentos de Tumbaya y Cochinoca (Jujuy) y La Poma y Los Andes (Salta), a unos 120 kilómetros de Purmamarca (Jujuy). Salinas Grandes es un salar de 212 km² que integra la referida subcuenca. Aunque se encuentran políticamente divididas entre las provincias de Salta y Jujuy, las salinas conforman una unidad en términos ambientales y culturales.

Tanto alrededor de las salinas como hacia el norte, donde se ubica la laguna de Guayatayoc, habitan un gran número de comunidades originarias, que mantienen antiguos y

¹²¹ El salar de Atacama (Chile), el salar del Hombre Muerto (Argentina) y el salar de Uyuni (Bolivia) conforman un triángulo geográfico dentro del cual, se dice, se concentra del 75 al 85 % de las reservas mundiales de litio (FUNDAMIN, 2012).

vitales vínculos con ese territorio. A su vez, las comunidades que están más alejadas, también mantienen vínculos estrechos con la cuenca.

Muchas de esas comunidades practican una agricultura y ganadería de subsistencia, y también viven de la sal. Algunos de sus miembros están organizados en cooperativas salineras, mientras que otros son asalariados. No obstante, para ellos la sal no es una mera mercancía, sino que la conciben como un “ser vivo”, y en su entorno despliegan ritualidades y prácticas que reproducen su identidad cultural y ancestral. En ese orden, la sal es uno de los elementos clave para entender las demandas de estas comunidades.



Ilustración 12: Piletas de sal - Salinas Grandes. Fuente: www.revistauncamino.com.ar

En cuanto al litio, se trata de un metal presente en una amplia gama de fuentes (incluida el agua de mar), aunque sólo algunas son factibles de explotación económica (por falta de tecnologías y costos). Las reservas medidas se encuentran en salmueras y minerales (rocas pegmatíticas y otras). Entre las salmueras se destacan los salares. La calidad del depósito depende de la composición y niveles de concentración de los diversos elementos (litio, potasio, magnesio, boro, entre otros) y requiere ser tratado en forma particular.

El litio es extraído mediante perforación y bombeo, y concentrado por evaporación solar en piletas. Estas tecnologías tienen menores costos que la separación a partir de minerales. En Argentina se realiza la primera transformación, obteniendo carbonato y, en menor medida, cloruro. Productos que se destinan en su totalidad al mercado mundial¹²².

Tal como se adelantó párrafos arriba, las salmueras más importantes (en calidad y volumen) se encuentran en el llamado “Triángulo del Litio”. Por tratarse de zonas áridas, la vulnerabilidad ambiental (escasez de agua) es otro de los temas centrales de conflicto.

¹²² Según informe N° 39 de abril de 2018, de la ex Subsecretaría de Programación Microeconómica, dependiente de la ex Secretaría de Política Económica del por entonces Ministerio de Hacienda.

Cabe señalar que el litio es presentado como el mineral del futuro por su potencial relacionado con la industria automotriz y energética; se emplea en pilas y baterías de productos electrónicos, aspirando a reemplazar progresivamente a los hidrocarburos. El litio en sí no es una fuente de energía, sino que permite almacenar otros tipos de energía por mayor tiempo y con mejores resultados. En tal sentido, se destaca su excelente capacidad de conducir calor y electricidad, condición necesaria para el almacenamiento de energía.

En ese orden, la industrialización del litio es un componente clave de la transición energética. La tendencia marca que los combustibles fósiles van a tener que ser reemplazados por producción eléctrica (eólica, solar, entre otras), y hoy esa energía eléctrica se almacena en baterías de litio. Es decir, el litio no es un combustible, sino un componente fundamental para las baterías recargables. Desde teléfonos celulares hasta computadoras portátiles y automóviles eléctricos, requieren de la utilización de litio.

El descubrimiento de este metal en las salmueras subterráneas de Salinas Grandes dio inicio -a partir de 2010- a un conflicto con las comunidades que habitan ancestralmente el territorio y que subsisten gracias a la producción artesanal de la sal.

Al respecto, cabe señalar que, desde mediados de 2010, se organizó la “Mesa de las Comunidades y Pueblos Originarios de la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc para la defensa y gestión del Territorio”, donde treinta y tres comunidades se encuentran, debaten y organizan las acciones a seguir con relación a este tema. Es decir, han desarrollado una instancia de organización supra comunitaria, y, entre una de sus acciones, se destaca la presentación, en noviembre de 2010, de una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que se desarrolla en los apartados *B.2.2* y *B.3.2*) por incumplimiento de la obligación de consulta y participación en pedimentos de exploración y explotación de litio.

Posteriormente también recurrieron a la Organización de las Naciones Unidas (Relatoría de los Derechos Indígenas y Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), actualmente en trámite.

Asimismo, las acciones judiciales se combinaron con acciones directas que incluyeron el corte de la ruta nacional 52, marchas desde las comunidades hasta las capitales provinciales y acampes.

En otro orden, las referidas Comunidades -en asamblea general en agosto de 2015, en la Comunidad de Quera y Aguas Calientes- aprobaron el documento que denominaron “*Kachi Yupi –Huellas de la sal, Procedimiento de Consulta Previa Libre e Informada para las Comunidades Indígenas de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc*”, el cual describen haber sido elaborado de conformidad con el marco jurídico vigente en Argentina (en especial el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT - Ley 24071 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU), y reclaman que se apruebe como válido y obligatorio.

Ese documento se basa en el desarrollo de estándares y mecanismos para la protección de los derechos de los pueblos originarios frente a cualquier tipo de medida administrativa o legislativa que pueda afectarlos de cualquier manera, garantizando la aplicación de la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado. A su vez, hace especial hincapié en proyectos mineros por ser los que los afectan con mayor intensidad en su territorio.

Conforme se explicó, los espacios concesionados para extraer litio en Salinas Grandes se emplazan sobre territorios indígenas donde se desarrollan las vidas de comunidades kollas y atacamas.

Según el informe especial sobre el mercado de litio elaborado en marzo de 2017 por la ex Dirección de Economía Minera de la Nación, dependiente del ex Ministerio de Energía y

Minería, los principales proyectos de litio en la sub cuenca de Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes, son los que se detallan en la siguiente tabla:

PROYECTO	NOMBRE DEL SALAR	EMPRESA	METALES	PROVINCIA	ESTADO
Guayatayoc	Laguna Guayatayoc	Advantage Lithium	Litio Potasio Boro	Jujuy	Exploración
Stella Maris	Salinas Grandes	Advantage Lithium	Litio	Salta	Exploración
Salinas Grandes	Salar de Salinas Grandes	Orocobre (85%)	Litio Potasio	Salta	Exploración
Mina Teresa	Salinas Grandes	Argosy Minerals Ltd. + Ekeko	Litio Potasio	Jujuy	Exploración Inicial
Cangrejillos	Salinas Grandes	Orocobre Limited JV Toyota Tsusho Corp.	Litio Potasio	Jujuy	Exploración Inicial
San José	Salinas Grandes	Dajin Resources Corp./ Delta Mutual Inc.	Litio Potasio Boro	Jujuy	Prospección
Navidad	Salinas Grandes	Dajin Resources Corp./ Delta Mutual Inc.	Litio Potasio Boro	Jujuy	Prospección
Salinas Grandes	Salar de Salinas Grandes	LSC Lithium Corporation + Dajin Resources Corp.	Litio Potasio	Salta - Jujuy	Prospección

Tabla 2: Principales proyectos de litio en la sub cuenca de Guayatayoc- Salinas Grandes.
Fuente: Informe de la ex Dirección de Economía Minera de la Nación, 2017.

Cabe señalar que la provincia de Jujuy declaró al litio como recurso estratégico provincial y determinó -por Decreto 5762/2010- que cada proyecto de explotación de ese recurso debe ser evaluado por un Comité de Expertos para el Análisis Integral de Proyectos, bajo coordinación del Ministerio de la Producción, que está integrado por expertos del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), de la Universidad Nacional de Jujuy (UNJu), miembros técnicos designados por la Legislatura provincial, por la Secretaría de Gestión Ambiental y la Dirección Provincial de Minería.

La referida norma también establece que los proyectos de exploración y explotación del litio deben ser aprobados o rechazados por resolución conjunta del Ministerio de la

Producción y la Secretaría General de la Gobernación, previa intervención de la Dirección de Minería y recomendación favorable del mencionado Comité de Expertos.

En igual sintonía, la Ley provincial N° 5674 reconoce al litio como recurso estratégico propulsor del desarrollo socio-económico de la Provincia y aprueba lo actuado por el Poder Ejecutivo Provincial en decreto 7592-P-11¹²³ y su modificatorio 7630-P-11.

B.1.3. Caso N° 3: Exploración y explotación de hidrocarburos en El Umbral y Los Leones de la localidad de Picún Leufú (Provincia del Neuquén)

Mediante el Decreto 1271/1997, la Provincia del Neuquén facultó y encomendó a la empresa Hidrocarburos del Neuquén S.A. (HIDENESA) la exploración, el desarrollo y la explotación racional, por sí o asociada a terceros, del área de Ramos Mexía (yacimientos El Umbral y Los Leones).

A su vez, esta firma le adjudicó contractualmente la realización de tales tareas a Ingeniería Sima S.A. Así es como por Decreto 4716/1999 se le otorgó a esta última empresa la concesión de la explotación del área denominada "El Umbral". Finalmente, mediante el Decreto 278/2007 la Provincia del Neuquén acuerda efecto retroactivo a dicha cesión -al 26/07/1999- y le otorga a Ingeniería Sima S.A. la concesión de la explotación del área individualizada como Los Leones. Además, aprueba la cesión del 100% de participación en el contrato y en la exploración que Ingeniería Sima S.A. hace a favor de Petrolera Piedra del Águila S.A., respecto del Área Ramos Mexía.

A partir de estos antecedentes se originó un conflicto con la Comunidad Mapuche Lof Huenctru Trawel Leufú, quienes impidieron u obstruyeron "de hecho" la realización de tareas y los trabajos necesarios para la explotación hidrocarburífera y la operación y mantenimiento de la "planta" de gas, que funciona en los yacimientos El Umbral y Los Leones y que integran el área de Ramos Mexía.

Al respecto, justificaron su comportamiento en la preexistencia de la Comunidad al Estado Nacional y a la Provincia del Neuquén, y que ocupan y habitan tradicionalmente las áreas en cuestión, en el paraje denominado Cerro León. Y en forma más concreta, la referida comunidad cuestionó la constitucionalidad de los procedimientos y las normas mediante las que se otorgó la concesión a Petrolera Piedra del Águila S.A.

No obstante la acción de amparo presentada por la empresa (que se comentará en los apartados B.2.3 y B.3.3), en virtud de tales acontecimientos, ésta anunció la suspensión de su proyecto en Neuquén y responsabilizó a los integrantes de la comunidad mapuche de obstaculizar e impedir el trabajo de sus empleados.

En tal sentido, y según informó el diario La Nación el 5 de noviembre de 2007, *"A través de un extenso comunicado, la firma dio a conocer los antecedentes y 'el estado de situación generado a raíz de los conflictos suscitados en el área de explotación Ramos Mexía, lotes Los Leones y Umbral, ubicada en las cercanías de Picún Leufú, y mediante los cuales lamentablemente se ha visto impedida de ejercer normalmente sus actividades de exploración y explotación'. El proyecto de la petrolera contempla una inversión de US\$ 4,5 millones"*.¹²⁴

¹²³ En el artículo 1° del referido decreto se declara las reservas minerales que contengan litio como recurso natural estratégico generador del desarrollo socio económico de la Provincia de Jujuy.

¹²⁴ <https://www.lanacion.com.ar/economia/que-pasa-nid959370/>

B.2 – DESCRIPCIÓN DE LOS RECLAMOS

A continuación, se presenta un detalle de cada uno de los reclamos interpuestos por las comunidades originarias en los casos identificados en el apartado anterior. En la descripción se incluye tanto las pretensiones de fondo como las medidas cautelares requeridas, y en base a los términos expuestos por las propias comunidades en los escritos constitutivos del proceso.

A los fines de conservar un orden metodológico, en toda la sección se respetará el orden de exposición asignado para cada uno de los casos.

B.2.1. Demanda de la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu (Caso N° 1)

En el contexto descrito en el apartado B.1.1, en julio de 2017 el Sr. Sergio Valentín Nahuelquir, en representación de la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu, promovió una acción de amparo contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), el Estado Provincial (Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Cruz) y contra la Unión Transitoria de Empresas REPRESAS PATAGONIA ELING-CGGC-HCSA-UTE (en adelante, UTE), con el objeto de que se condene a los organismos estatales demandados a:

- (i) Implementar de manera conjunta, previa, concreta, eficaz y urgente, el procedimiento adecuado que garantice el derecho a la consulta (libre, previa e informada) de la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu, a fin de poder brindar su consentimiento y participar en la toma de decisiones y protección del patrimonio cultural y de los restos mortales de los indígenas, en relación al proyecto denominado “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz – Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner – Gobernador Jorge Cepernic”¹²⁵.
- (ii) El cese de actividades u obras generadoras de daño al patrimonio cultural, arqueológico, paisajístico e histórico, actual y futuro, y se proceda a su prevención, recuperación, recomposición, reparación y/o restauración, o indemnización sustitutiva a favor de los Pueblos Indígenas, si las opciones antes mencionadas no resultan técnicamente factibles.
- (iii) La finalización total de los relevamientos previo al inicio de las obras, respecto de la cantidad y ubicación exacta de los enterratorios indígenas.
- (iv) Resguardar, preservar y proteger los restos mortales indígenas, en el estado y lugar en que se encuentren, garantizando a la comunidad actora la participación en dicha protección.

Asimismo, a través de esa acción petitionó que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de las Resoluciones 333 y 147, ambas del 29 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Ambiente del Ministerio de Salud y Ambiente, y del Ministerio de la

¹²⁵ A partir del dictado del Decreto 882 de fecha 31/10/2017, retomaron su denominación original: “Cóndor Cliff” y “La Barrancosa”, respectivamente.

Producción, Comercio e Industria respectivamente, ambas de la Provincia de Santa Cruz¹²⁶. Además, planteó la nulidad de la Resolución Conjunta RESFC-2017-1-APN-MAD del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Ministerio de Energía y Minería de la Nación¹²⁷.

Por otra parte, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar, para que se ordene a las demandadas (Estado Nacional- Provincia de Santa Cruz y a la UTE):

- (i) El cese y la suspensión de toda clase de obra, tarea, movimiento de tierra, excavaciones, o de cualquier otra actividad que genere algún tipo de modificación, afectación o alteración negativa y relevante, que se esté llevando a cabo o que se vaya a realizar en el futuro, en la zona vinculada al proyecto, manteniéndose incólume dicha zona de influencia, y sin remover, retirar, trasladar, afectar, alterar, ni dañar, la ubicación y preservación de los restos mortales de pueblos indígenas y/o posibles enterratorios y el patrimonio cultural allí existentes, hasta tanto se efectúe, por el Estado demandado, el debido procedimiento de consulta a la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu, con el fin de que pueda ejercer su derecho a participar en la toma de decisiones en cuestiones que afecten sus derechos colectivos y brindar el consentimiento previo, libre e informado.
- (ii) El cese y la suspensión de toda clase de obra hasta tanto el Estado Nacional, la Provincia de Santa Cruz y la UTE, generen, procesen y brinden información ambiental sobre los restos mortales de comunidades indígenas o posibles enterratorios y el patrimonio cultural. Asimismo, para que ordene que se finalicen los relevamientos, en presencia de veedores indígenas y supervisados por el Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, junto con los Institutos de Antropología Social y Arqueología de la Universidad de Buenos Aires, bajo exclusivo costo de las demandadas.
- (iii) Generar, procesar y brindar la información ambiental conforme el artículo 41 de la Constitución Nacional, Leyes 25.675 y 25.831, y para que informen, de igual manera, el estado de avance de las obras complementarias.

El referido reclamo tramita ante el Juzgado Federal de Río Gallegos, Secretaría Civil, bajo los autos caratulados: "COMUNIDAD MAPUCHE TEHUELCHÉ LOF FEM MAPU C/

¹²⁶ Mediante esas Resoluciones, los citados organismos provinciales aprobaron la factibilidad de las obras en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2º, inciso b) de la Ley 23.879.

¹²⁷ A través de la Resolución Conjunta 1-E del 30 de junio de 2017 del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA y del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, se aprobó en los términos del artículo 2, inciso b) de la Ley 23.879 la factibilidad de las obras "APROVECHAMIENTOS HIDROELÉCTRICOS DEL RÍO SANTA CRUZ Presidente Dr. Néstor KIRCHNER - Gobernador Jorge CEPERNIC", en función del Estudio de Impacto Ambiental incorporado como ANEXO I de dicha Resolución. Además, y en cumplimiento del artículo 3º de la Ley 23.879, se dispuso la remisión al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN del Estudio de Impacto Ambiental, los informes de factibilidad de la SECRETARÍA DE ENERGÍA ELÉCTRICA del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA y de la SECRETARÍA DE POLÍTICA AMBIENTAL, CAMBIO CLIMÁTICO Y DESARROLLO SUSTENTABLE del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE y de las resoluciones de aprobación de factibilidad del MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INDUSTRIA y de la SECRETARÍA DE ESTADO DE AMBIENTE del MINISTERIO DE SALUD Y AMBIENTE, ambos de la Provincia de SANTA CRUZ.

ESTADO NACIONAL- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA Y OTROS S/ AMPARO LEY 16.986” (Expediente N° FCR 008129/2017). En la actualidad, la causa continúa activa, en etapa de ejecución, control y seguimiento de lo dispuesto en la sentencia (ver B.3.1.).

B.2.2. El reclamo de las comunidades aborígenes de Salinas Grandes (Caso N° 2)

En noviembre de 2010, La Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos, conjuntamente con otras Comunidades¹²⁸, iniciaron una acción de amparo, en los términos del arto 43 de la Constitución Nacional, contra las Provincias de Jujuy y Salta, y contra el Estado Nacional, a fin de que se los condene a que arbitren las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, de tal forma, poder expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

En tal sentido, requirieron –concretamente- que el Máximo Tribunal arbitre las medidas necesarias para que pudieran hacer efectivos sus derechos en los expedientes administrativos en trámite, en los que –según refirieron- se habían otorgado permisos de exploración y explotación de litio y borato en la zona de la Sub-Cuenca Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes, pertenecientes a las mentadas provincias, en razón de la omisión de consulta previa, información y participación en que incurrieron las autoridades locales respecto de las comunidades.

Refirieron que en las provincias demandadas se han iniciado actividades y concedido permisos de exploración y explotación minera, encontrándose algunas empresas en plena actividad, sin que a la fecha de esa presentación las comunidades aborígenes locales ni siquiera posean información acabada y suficiente del proceso que se lleva a cabo, en los territorios que les pertenecen y dónde habitan hace centenares de años.

Al respecto, señalaron que las Salinas Grandes constituyen un recurso natural único, que abarca los departamentos de Cochinoca y Tumbaya de la Provincia de Jujuy y La Poma y Cobres de la Provincia de Salta, y que también integra la Sub-Cuenca de la Laguna de Guayatayoc - Salinas Grandes, que se encuentra en la zona de La Puna y tiene una superficie total de 17.552 km².¹²⁹

¹²⁸ Las demás Comunidades accionantes son: Comunidad Aborigen de San Francisco de Alfarcito; Comunidad Aborigen del Distrito de San Miguel de Colorados; Comunidad Aborigen de Aguas Blancas; Comunidad Aborigen de Sianzo; Comunidad Aborigen de Rinconadilla; Comunidad Aborigen de Lipan; Organización Comunitaria Aborigen “Sol de Mayo”; Comunidad Aborigen de Pozo Colorado- Departamento Tumbaya; Comunidad Aborigen de Santa Ana, Abrolaite, Río Grande y Agua de Castilla; Comunidad Aborigen El Angosto Distrito El Moreno; Comunidad Aborigen Cerro Negro; Comunidad Aborigen de Casa Colorada; Comunidad Esquina de Guardia; Comunidad Indígena Atacama de Rangel; Comunidad Aborigen de Cobres; Comunidad Likan Antai Paraje Corralitos; y Comunidad Aborigen de Tipan.

¹²⁹ Según informa la parte actora en la demanda, en esta cuenca habitan treinta y tres comunidades indígenas, de las cuales, veinticuatro se encuentran distribuidas en la parte de la provincia de Jujuy: Tambillos; Cochagaste; Casabindo; Sauzalito; Tusaquillas; Santa Ana de la Puna; San Francisco de Alfarcito; Rinconadillas; Santuario de Tres Pozos; Queñualito; Quebraleña; Abrolaite; Agua de Castilla; Río Grande; Quera; Agua Caliente de la Puna; San Miguel de Colorado; Pozo Colorado; El Moreno; El Angosto; Lipán; Aguas Blancas y Ciano; y

Refirieron que las treinta y tres comunidades indígenas viven desde tiempo inmemorial en la zona de Salinas Grandes, y que para tales comunidades las salinas constituyen un ecosistema único que se encuentra dentro de sus propios territorios, el cual les provee de los recursos naturales de uso común que son necesarios para su subsistencia, como el agua y la sal que les permite la vida, el trabajo y la producción.

Además, pusieron de resalto la relación existente entre los pueblos originarios y las salinas, e indicaron que reviste un carácter espiritual único, ya que éstas son su hogar y su medio de subsistencia, el lugar en que descansan sus ancestros y dónde despliegan su identidad y su cultura. Expresaron que allí, los pueblos indígenas desarrollan su vida en perfecta armonía con el medio ambiente, cuidando de no afectar el delicado equilibrio natural del que ellos mismos forman parte. Afirmaron que, sin las salinas, condición necesaria de la existencia de las Comunidades Indígenas, éstas desaparecerían.

Aclararon que la demanda se dirigía contra ambas provincias, en primer lugar, por ser las titulares de las jurisdicciones afectadas, pero, además, por ser quienes iniciaron una política pública de exploración y explotación de litio en la zona.

Asimismo, por haber sido sus autoridades las que firmaron acuerdos y otorgaron autorizaciones y permisos de concesión de exploración y explotación de litio y borato en la zona descripta, sin considerar el derecho de consulta que tienen las comunidades aborígenes, los cuales ya han tenido principio de ejecución en la zona de Salinas Grandes.

A su vez, dirigieron su demanda contra el Estado Nacional debido a la presunta conducta omisiva en que incurrió, a través de la -por entonces- Secretaría de Minería, dependiente del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, toda vez que -según denunciaron-, no se garantizó su derecho de consulta y participación en el proceso de exploración y explotación de litio y borato, que ha sido promovido tanto desde las jurisdicciones locales como desde la jurisdicción nacional, desconociendo los estándares constitucionales e internacionales, que exigen a los estados llevar a cabo los mecanismos necesarios para hacer efectivo el goce de tales derechos de las comunidades.

En ese orden, aclararon que: *“si bien el tema minero es de competencia provincial, la implicancia de las reglamentaciones, las políticas públicas y las relaciones empresariales que desenvuelve el Estado Nacional a través de la Secretaría indicada, impacta directamente en la violación y omisión sistemática de toda la normativa que mencionamos en nuestro recurso”*.

Fundaron su reclamo en lo normado por el artículo 31 de la 25.675 (Ley General del Ambiente), que establece el principio de solidaridad en materia de responsabilidad ambiental y, principalmente, en los artículos 2, 6, 7, 12 y 13 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, que impone a los Estados el deber de respetar el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas, al momento de tomar medidas destinadas a afectar sus recursos naturales.

Por otra parte, los actores solicitaron el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene a ambas provincias abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo o exploración y explotación minera en la zona de riesgo en cuestión, especialmente las referidas a litio y borato, así como también que se suspenda la ejecución de los permisos ya otorgados, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el expediente, y se cumpla el proceso de participación y consulta, disponiendo la inmediata vigencia de las normas de la Constitución Nacional, Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, y Tratados Internacionales con jerarquía suprallegal.

Barrancas; y nueve repartidas en la parte de la provincia de Salta: Cerro Negro; Rangel; Cobres; Esquina de Guardia; Tipán; Casa Colorada; Corralito; Matancillas y Esquina Blanca.

Además, requirieron que se disponga la producción de una diligencia preliminar, en los términos de los arts. 323 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dirigida a que las provincias de Salta y Jujuy informen en autos los nombres y apellidos o razones sociales, con sus respectivos domicilios, de todas las personas físicas y jurídicas que han solicitado y obtenido autorizaciones de exploración, explotación y producción de litio y borato en las áreas pertenecientes a los departamentos de Cochinoca y Tumbaya de la Provincia de Jujuy y La Poma y Cobres de la Provincia de Salta, con fundamento en el art. 31 de la Ley 25.675.

Fundaron su pretensión en los artículos. 16, 41, 75, incisos 17 y 18 de la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional enunciados en el inciso 22 de ese precepto, en el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley General del Ambiente.

El reclamo mencionado tramitó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bajo los autos caratulados: "COMUNIDAD ABORIGEN DE SANTUARIO TRES POZOS Y OTROS C/ JUJUY, PROVINCIA DE Y OTROS S/ AMPARO" (Expediente N° CSJ 001196/2010). La causa concluyó con la sentencia dictada por el Máximo Tribunal del país el 18 de diciembre de 2012. No obstante, en la actualidad, los reclamos y conflictos relacionados con este tema continúan (conforme se explicará en el acápite B.3.2.).

B.2.3. El conflicto entre la empresa "Petrolera Piedra del Águila S.A." y la Comunidad Mapuche Huenctru Trawel Leufú (Caso N° 3)

A diferencia de los casos anteriores, aquí la acción judicial fue entablada por la empresa "Petrolera Piedra del Águila", toda vez que –según refirieron en el escrito inicial– las personas identificadas como Victorino Curruhuinca, Teresa Curruhuinca, Juan Carlos Curruhuinca y Rufino Curruhuinca, les impedían ilegítimamente el ingreso a las áreas de explotación de hidrocarburos en el Umbral y Los Leones de la localidad de Picún Leufú.

En ese orden, cabe señalar que las personas físicas denunciadas resultaron ser integrantes de la Comunidad Mapuche Huenctru Trawel Leufú.

Mediante la acción de amparo y la cautelar requerida, la empresa pretendía que se disponga el cese definitivo de los actos que impedían llevar adelante los trabajos programados y actividades de exploración y explotación, en el ámbito de dichas áreas.

A tal efecto, la empresa acreditó ser titular de la concesión otorgada por los Decretos provinciales Nros. 1271/1997, 4716/1999 y 278/2007, e hizo alusión a los derechos a su favor que emergían de dicha normativa. Asimismo, señaló que se encontraba facultada para realizar todos los trabajos de búsqueda y extracción de hidrocarburos, y que estaba obligada a realizar un plan de inversiones.

Además, indicó que la Provincia del Neuquén ostentaba la condición de propietario superficiario y que, por medio de la Dirección de Tierras, se autorizó su ingreso a las tierras fiscales de las áreas del Umbral y Los Leones, a efectos de realizar las tareas de exploración y explotación del área Ramos Mexía.

Refirió que los accionados fueron notificados de tales disposiciones mediante actuación notarial, y que por ello la conducta de obstrucción y amenaza de éstos resultaba ilegítima y atentaba contra los derechos de su parte y de la sociedad toda. En tal sentido, expresó que los demandados le han impedido el ingreso a su personal y a terceros contratistas, provocando la paralización de su trabajo, y que ello había sido constatado mediante acta notarial el 21 de junio de 2007.

También relató que, con posterioridad, los accionados permitieron el acceso provisional de cierto personal para realizar tareas de mantenimiento, pero bajo la amenaza de reanudar las obstrucciones posteriores si no se acataban sus requerimientos económicos. Y en tal escenario, la empresa aclaró que no accedería a esos ilegítimos condicionamientos, pues se trataba de una amenaza inminente y susceptible de provocar un grave daño no sólo a ésta sino a la sociedad, poniendo en peligro la vida y la salud de los habitantes y el medio ambiente.

Es preciso señalar que la demanda fue contestada tanto por las personas físicas demandadas (a excepción de Juan Carlos Curruhuinca, a quien se le dio por decaído ese derecho), como por la comunidad indígena de la que forman parte (Comunidad Mapuche Huenctru Trawel Leufú).

En líneas generales, los demandados negaron que la empresa accionante tenga derecho a la concesión, exploración y explotación del territorio donde pretendía llevar a cabo su actividad; que los actos de gobierno en los que la petrolera basaba su pretensión hayan sido válidamente dictados; que las tierras de la Comunidad Mapuche Huenctru Trawel Leufú sean propiedad de la Provincia; que la conducta de los miembros de la Comunidad haya sido ilegal; que corresponda la aplicación de la legislación minera común; y que la documental acompañada con el escrito inicial fuera veraz.

Asimismo, sostuvieron que la comunidad mapuche fue reconocida como preexistente por el Estado Nacional. Y que, en tal carácter, posee derechos sobre el territorio comunitario que exceden los parámetros de la “propiedad” civil, ya que se encuentran establecidos por las normas que resguardan la existencia diferenciada de los pueblos indígenas. En este sentido, señalaron que la comunidad habita tradicionalmente en el paraje denominado Cerro León. Que en ese ámbito se formó la comunidad, desarrollando su vida cultural, familiar, comunitaria y de subsistencia económica, de manera pacífica y con total conocimiento de las autoridades provinciales.

En tal sentido, citaron normas constitucionales, distinguidas opiniones doctrinarias y antecedentes jurisprudenciales en sustento de dicha consideración y de su postura defensiva.

Pusieron de resalto que, como corolario de la protección sobre el espacio de vida en común, las normas propias de los derechos humanos de los pueblos indígenas aseguran que no se adopte ninguna decisión estatal, sin un previo proceso de consulta que procure el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad afectada. Al respecto, afirmaron que en el caso de autos no ha existido ningún tipo de interacción con los miembros de la comunidad ni se ha precisado cuál es el impacto cultural que las concesiones otorgadas podían generar, desconociendo la preexistencia de la comunidad mapuche y sus derechos de posesión y propiedad de la tierra, de consulta y de participación en la gestión de sus recursos.

En ese orden, plantearon la inconstitucionalidad de todas las normas provinciales que otorgaron a la empresa accionante la concesión para la exploración y explotación petrolera en el territorio cuya posesión tradicional ejerce la Comunidad, en el entendimiento de que tal normativa contraviene tanto la Constitución Nacional, como los Tratados de Derechos Humanos a ella incorporados, y la Constitución Provincial.

El reclamo mencionado corresponde a los autos caratulados: “PETROLERA PIEDRA DEL ÁGUILA S.A. C/ CURRUHUINCA VICTORINO Y OTROS S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expediente N° 43907/2007), que tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia N° 2 en lo Civil, Comercial, Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén.

B.3 – EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Seguidamente, se expone –de manera sucinta- cada una de las sentencias (dictadas en primera instancia como en la Alzada) correspondientes a los casos seleccionados.

Para ello, se conserva en mismo orden metodológico utilizado en los apartados anteriores.

Desde ya, el foco del análisis se centrará en las partes del fallo atinentes al derecho de consulta y participación.

B.3.1. Sentencia dictada en la acción de amparo iniciada por la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu contra el Estado Nacional y otros (Caso N° 1)

Cabe señalar que, como medida previa y para mejor proveer, el magistrado interviniente ordenó que se efectúe un reconocimiento judicial e inspección ocular en la zona de obras de ambas represas (medida que se llevó a cabo el 24 de octubre de 2017, con la participación de todas las partes involucradas y el propio juez de la causa).

La sentencia dictada el 30 de octubre de 2017 por el juzgado, si bien hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Comunidad Mapuche Tehuelche, no impuso medida cautelar alguna. No obstante, en la parte resolutive del fallo se enumeran diferentes acciones a efectuar por cada uno de los organismos demandados involucrados. A continuación, se transcribe la parte resolutive del fallo:

“IV.- Por todo lo expuesto, RESUELVO:

1. Admitir el presente recurso de amparo con los alcances que seguidamente serán detallados, rechazándolo en cuanto a los restantes puntos pretendidos en el escrito de inicio.

2. Intimar al Estado Nacional, en particular a través del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, a constituir en un plazo perentorio e improrrogable de 20 días hábiles, la mesa de diálogo que garantice y materialice el proceso de consulta previa a las comunidades originarias existentes en la zona de la obra de las represas sobre el Río Santa Cruz; debiendo acreditar en estos actuados efectivamente la notificación a las comunidades y la realización de la primera reunión en dicho marco.

3. Disponer un régimen de información con periodicidad trimestral en el cual el INAI deba acreditar en estos actuados la evolución de la mesa de diálogo y en forma sintética el resultado del proceso de consulta.

4. Ordenar al Ministerio de Energía y Minería y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo sustentable de la Nación, que a los fines de la constitución de la mesa de diálogo y del pedido de informes, dispuestos en los puntos 2 y 3 que preceden, generen de manera coordinada información pública ambiental ajustada a las necesidades de lectura y comprensión de la parte actora, acorde a sus distintas áreas de incumbencia, resumiendo los estudios de impacto ambiental de la obra objeto de autos, respetando las características de accesibilidad, fácil comprensión y exactitud señaladas.

5. Intimar a la Secretaría de Estado de Cultura de la Provincia de Santa Cruz y a la UTE demandada, que informen con periodicidad trimestral en estos actuados la evolución de los porcentajes de relevamiento de los sitios afectados a la obra, debiendo brevemente destacar los hallazgos correspondientes y acreditar el tratamiento acorde a los procedimientos legales vigentes, especialmente en caso de detectar chenques -enterratorios indígenas-. Esta información deberá ser generada en formato de simple lectura y accesible para que la

comunidad actora y cualquier otra que se sienta afectada, pueda ejercitar su derecho al acceso a la información pública ambiental.

6. Ordenar al Estado de la Provincia de Santa Cruz, en particular a través de la Comisión Evaluadora conformada en el seno del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental de la Ley Provincial N° 2658, presidida por la Secretaría de Estado de Ambiente de la misma Provincia, que remita al Tribunal las actas de la comisión evaluadora que traten o involucren aspectos vinculados a la conservación del Patrimonio arqueológico, generando dentro de la misma un espacio de consulta y contacto con las comunidades originarias, el cual si bien no reemplazará ni de ningún modo cumple con el ordenado en el punto 2 precedente de esta Resolución; podrá fortalecer la participación reclamada por los Pueblos Originarios en el proceso de análisis y evaluación de la obra que nos ocupa, debiendo asimismo acreditar en autos con periodicidad trimestral el avance de dicho proceso adicional de participación.

7. Ordenar al Estado de la Provincia de Santa Cruz, en particular a través de su Dirección de Patrimonio dependiente de la Secretaría de Estado de Cultura, que disponga del sitio correspondiente para el resguardo de los hallazgos arqueológicos, debiendo informar al menos trimestralmente el avance de la gestión pertinente y las características del destino y proyecto que se emprenda, permitiendo en dicho proceso la participación de la comunidad accionante.

8. Ordenar por intermedio de la UTE demandada que, de manera trimestral, se informe al tribunal el estado de avance de la labor que desarrolla la Dra. Nora Franco y su equipo técnico de colaboradores incluyendo en detalle los requerimientos que dicha profesional formule y sean pertinentes acorde al avance de la obra.

9. Atendiendo a la particular forma en la que se resuelve y al proceso de seguimiento que se impone por la presente, no se impondrán costas hasta tanto se avance en este proceso, el que se mantendrá abierto hasta tanto se formalice y encauce el proceso de consulta y participación accionante...”.

Para resolver de esta forma, el Dr. Aldo E. Suárez –Juez Federal subrogante- consideró que el Convenio 169 de la OIT, al estar aprobado por Ley del Congreso de la Nación, ratificado, y quedar configurado entre las normas de jerarquía supra nacional previstas en nuestra Carta Magna en los términos del art. 75 inciso 22, su aplicación resulta obligatoria. En tal sentido, entendió que la falta de reglamentación específica, en modo alguno puede implicar su inaplicabilidad, y que debía interpretarse como una norma de tipo operativa.

Además, señaló que el derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas en los asuntos que afecten sus intereses también está previsto en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional; y que ello implica la obligación del Estado de adecuar sus estructuras políticas y administrativas para garantizar este derecho.

Indicó también que la consulta debía reunir dos condiciones: (a) realizarse a través de las instituciones representativas de las comunidades y los pueblos y, (b) con mecanismos apropiados en lo cultural y desde el punto de vista de la finalidad que se persigue. Lo que trae aparejado –entre otras acciones- el deber del Estado de brindar información y establecer un mecanismo de comunicación constante entre las partes.

Asimismo, remarcó que la consulta debe realizarse con carácter previo, de buena fe, a través de las instituciones representativas de ambos sectores y con procedimientos culturalmente adecuados que generen confianza entre las partes.

Y en ese orden de ideas, para hacer lugar a la acción de amparo, consideró que: “...más allá de los avances acreditados en autos sobre el proceso de consulta (que surgen de las presentaciones del Estado Nacional y la respuesta del oficio del INAI) se encuentra probado en estas actuaciones que al día de la fecha dicho procedimiento “previo” no ha sido

concretamente y en la práctica iniciado”.

Por lo que concluyó que correspondía la urgente constitución y funcionamiento de la mesa de diálogo, como medio para viabilizar y generar el proceso de consulta previa en los términos del convenio 169 de la OIT.

Es necesario destacar que las dificultades señaladas en este trabajo -en cuanto al contraste entre dos cosmovisiones diferentes- también fue advertida por el magistrado. Y en ese sentido, advirtió sobre la *“...necesidad de que la judicatura asuma un rol activo en el marco de las facultades que el Juez detenta en los procesos en los que se hayan involucrados y en juego derechos de incidencia colectiva, especialmente ponderando la **dificultad que se presenta al tener que articular y coordinar los intereses y derechos de la actora como comunidad originaria en respeto de su cosmovisión mapuche-tehuelche, con la necesidad manifestada por el Estado de fortalecer el sistema energético nacional mediante la construcción de la obra de las represas, y finalmente el derecho que tiene la UTE de llevar adelante la obra para la cual fue adjudicada tras haber transitado el proceso licitatorio correspondiente y haber obtenido las licencias ambientales y administrativas para hacerlo...**”* (El resaltado es propio).

En cuanto a la información ambiental que el Estado tiene el deber de brindar, el juez consideró que la necesaria complejidad del EsIA (que contiene definiciones técnicas y científicas de difícil lectura y comprensión, cuyas temáticas podrían ser abordadas por expertos en cada materia), no se armoniza en modo alguno con la preparación y visión que tienen los pueblos originarios. Por ello, señaló como una obligación del titular de la obra -tanto público e indirectamente el privado- adaptar la información correspondiente de dicho estudio en términos simples y accesibles para la cultura y sabiduría de los pueblos originarios.

A su vez, consideró que el programa de consulta previa debería abarcar un periodo que incluya y eventualmente exceda el de construcción de la obra, y que se encuentre en pleno funcionamiento en las etapas constructivas o de relevamiento que afecten especialmente los intereses de la actora; toda vez que de otro modo se vería frustrado su objeto, cual es que exista un canal efectivo, dinámico y permanente de participación, generación e intercambio de información pública ambiental, en particular y en lo que respecta al caso concreto, asociado al recurso arqueológico.

Finalmente, concluyó que *“...debemos ponderar el desarrollo y el futuro energético del país, sin descuidar los principios de desarrollo sostenible, equidad intergeneracional y concepto de ambiente en sentido amplio, considerando que la posibilidad de disfrute y utilización de los recursos naturales debe procurar la garantía de que los mismos sean conservados en la medida de lo posible y en el marco de los procesos correspondientes, para las generaciones futuras”.*

Cabe mencionar que la sentencia de primera instancia solo fue apelada por la Provincia de Santa Cruz y por la Comunidad actora. Esta última, en el entendimiento de que debían frenarse las obras.

El 5 de marzo de 2018 la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la sentencia de grado, en los siguientes términos:

“En virtud de lo expuesto en consideraciones anteriores, el Tribunal RESUELVE:

1) CONFIRMAR en todo en cuanto ha sido materia de recurso la sentencia de fs. 438/451vta. rechazando los recursos deducidos por la actora y por el Estado provincial demandado.

2) IMPONER las costas de la Alzada a las perdidosas en partes iguales, acorde al art. 14 de la ley 16986 y al principio general contenido en el art. 68 del CPCCN.

Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase”.

Para así decidir, además de compartir los fundamentos del magistrado de grado,

sostuvo que el acto lesivo que motivó la interposición del amparo deriva del incumplimiento estatal respecto de ese mecanismo de consulta y participación (previsto en la C.N. y en el Convenio 169 de la OIT), y que ello encontró adecuado resguardo a partir de la orden impartida por el juez de primera instancia. Señaló, además, que lo informado con posterioridad por el Estado Nacional (en cuanto a las gestiones inmediatamente realizadas tendientes a la convocatoria de dicha mesa de diálogo), evidencia esa afirmación.

En igual sentido, consideró que *“...si bien a la fecha del pronunciamiento puede efectuarse reproche al Estado Nacional al no haber convocado a las comunidades indígenas previamente, concluyendo para ello que la participación del actor Nahuelquir en las audiencias públicas ciudadanas, no satisface ni es suficiente a los fines del apuntado requisito de participación que nuestro ordenamiento positivo reconoce en favor de los pueblos originarios, debemos concluir en que acorde a los estudios de impacto ambiental aprobados por la autoridad de aplicación, el estado actual de las obras y a las tareas de investigación en curso, no se advierte daño, mucho menos “irremediable” como lo califica la accionante, que justifique ordenar la paralización de la construcción...”*

Por otra parte, cabe señalar que una vez que adquirió firmeza la sentencia, y a los fines de un seguimiento ordenado de las obligaciones allí impuestas, el juez de primera instancia ordenó la formación de dos incidentes: Incidente N° 1 de proceso de consulta”; e Incidente N° 2 de patrimonio arqueológico y cultural. A su vez, se designó al Secretario del juzgado en carácter de veedor para asistir a las reuniones que se convoquen en el marco del proceso de consulta.



Ilustración 13: Mesa de diálogo celebrada en Río Gallegos, en el marco del proceso de consulta y participación. Fuente: IEASA.

Es importante mencionar que, a la fecha, aún se encuentra abierto el referido proceso de participación y consulta, que no ha estado exento de innumerables conflictos y denuncias por variados motivos (como ser: rol del INAI como “facilitador” en la mesa de diálogo, cantidad

de asesores de las comunidades autorizados a intervenir, lugares y plazos de las reuniones, contratación e ingreso de los técnicos interculturales a la zona de obras, entre otros). Todo ello fue motivo de sistemáticas denuncias formuladas por la comunidad actora en el expediente judicial, y de reiteradas insistencias en cuanto a la paralización de las obras.

No obstante, el juez –con buen tino- se encargó de señalar que cada pretensión de sus integrantes, acorde a la dinámica propia del proceso, no puede ser judicializada, pues lo contrario implicaría confundir el rol activo que el juzgador debe asumir frente a un proceso ambiental, con una indebida delegación o avasallamiento de atribuciones administrativas que son ajenas al Poder Judicial.

Más allá de ello, todos los traspiés suscitados evidencian claramente la necesidad de que todo el procedimiento en torno a la participación y la consulta se encuentre reglamentado.

B.3.2. Fallo de la CSJN en la causa iniciada por la Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos (entre otras), reclamo internacional y situación actual (Caso N° 2)

Mediante la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió: *“I. Rechazar la acción de amparo interpuesta contra la Provincia de Jujuy. II. Declarar que las acciones entabladas contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional son ajenas a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación...”*.

Para así decidir, el Máximo Tribunal consideró todo lo actuado en la audiencia celebrada en la sede de esa Corte el 28 de marzo de 2012, oportunidad en que las partes se pudieron expedir, en forma oral y pública, respecto de la situación denunciada.

En ese orden, mencionó que, en la referida audiencia, la letrada apoderada de la parte actora aclaró que el derecho esgrimido no era de índole ambiental, sino de naturaleza indígena, ya que la pretensión tenía por objeto la implementación de un proceso de consulta a sus representados que cumpla con los estándares internacionales dentro del marco de los derechos humanos.

También consideró –de acuerdo a lo expuesto en la mentada audiencia- que el pedido se circunscribía a la zona en las que habitan las comunidades indígenas, pues estaba fundamentado en la propiedad comunitaria sobre las tierras ocupadas por éstas, y no vinculado de manera inmediata con la prevención de un eventual perjuicio que pudiera causarse al ambiente o con la reparación de un daño producido.

Por otro lado, recordó la exposición del Fiscal de Estado de la provincia de Jujuy, quien señaló que, en las tierras donde están ubicadas las comunidades actoras, existe solo una mina de borato en la zona de Laguna de Guayatayoc, cuya concesión fue otorgada en el año 2006 y que a la fecha de la audiencia se encontraba sin actividad. El Fiscal señaló, además, que en el expediente de concesión de la referida mina tuvo concreta participación una comunidad aborigen denominada “Quebrada Leña” (SIC); y que el resto de las minas de borato existentes en territorio jujeño –que por entonces eran seis-, se ubicaban en el Departamento de Tumbaya.

En cuanto al litio, el Fiscal de Estado señaló que no existía ninguna exploración ni explotación en la zona denunciada en la demanda; y que sólo existían peticiones, pero sin trámite alguno.

En virtud de las exposiciones efectuadas en la audiencia y demás elementos

incorporados al proceso, los Ministros¹³⁰ del Alto Tribunal entendieron que no podían tener por configurado el presupuesto necesario fundamental para instar el ejercicio de la jurisdicción de la Corte en lo concerniente a la Provincia de Jujuy.

En ese orden, la Corte recordó que la existencia de "caso", "causa" o "asunto" presupone -como surge del propio artículo 116 de la Ley Fundamental- la de "parte", esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Y en tales condiciones, concluyó que, en el *sub judice*, no existía un "caso" o "causa" contra la Provincia de Jujuy que autorice la intervención jurisdiccional de esa Corte, toda vez que, a entender del Máximo Tribunal, las comunidades demandantes no proporcionaron ningún elemento de convicción que justifique un interés jurídico de las características señaladas. En otras palabras, consideró inadmisibles las solicitudes en atención a la carencia del mínimo de apoyatura fáctica probatoria.

Por otra parte, en cuanto a la acción entablada contra la Provincia de Salta, recordó que para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inciso 1º, del Decreto Ley 1285/58, en un juicio en el que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, la materia sobre la que versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria. Y también, que se consideraban excluidos del concepto de causa civil los supuestos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos o legislativos de carácter local.

En tal entendimiento, consideró que la solución del pleito requería el examen de los referidos actos administrativos realizados por la Provincia de Salta, y, por ende, concluyó que el caso no revestía el carácter de causa civil. Ello, toda vez que la pretensión de las comunidades aborígenes demandantes se ceñía a obtener un reconocimiento judicial de los derechos de participación y consulta en los expedientes administrativos que existieren en trámite en la órbita provincial, vinculados con permisos de exploración y explotación de litio y borato en las zonas en las que habitan, a los fines de poder expresar eventualmente el respectivo consentimiento libre, previo e informado.

La Corte señaló también que el hecho de invocarse normas de naturaleza federal no implica *per se* su competencia originaria en razón de la materia. Y que tampoco procedía en el caso la competencia originaria de ese Tribunal *ratione personae*, pues la acumulación subjetiva de pretensiones –según expresó– resultaba inadmisibles, toda vez que no existían motivos suficientes que vislumbraran un litisconsorcio pasivo necesario.

En virtud de considerar su incompetencia para entender en la referida acción por vía de su instancia originaria, la Corte concluyó que la demandante, en todo caso, debía interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opte por demandar¹³¹. Es decir, ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a la Provincia de Salta.

Cabe poner de resalto que, ante el rechazo de la acción de amparo incoada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por incumplimiento de la obligación de consulta y participación en pedimentos de exploración y explotación de litio, las comunidades

¹³⁰ Dres. Ricardo Luis Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Carlos Fayt; Enrique S. Petracchi; Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay,

¹³¹ Esta opción –a la fecha– nunca fue ejercida por las comunidades actoras.

aborígenes decidieron elevar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹³².

Además, y previo a ello, el caso fue presentado ante la Relatoría de Derechos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El 14 de julio de 2011 se llevó a cabo una reunión -en Ginebra- con el por entonces Relator James Anaya. Durante esa reunión, se avanzó sobre la posibilidad de una visita oficial al país y al territorio de las comunidades salineras, que finalmente se llevó a cabo el 4 de diciembre del mismo año, en el sitio conocido como Ojo de Huáncar.

En septiembre de 2012 el Relator presentó al Consejo de Derechos Humanos, en su 21º Período de Sesiones, su informe sobre la visita oficial a la República Argentina, en el cual observa la falta de una política adecuada que priorice y atienda la formulación e implementación de políticas públicas para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas. En ese informe refiere especialmente al caso de Salinas Grandes¹³³.

También, en noviembre de 2011, las comunidades presentaron el caso ante el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Allí también plantearon las vulneraciones a los derechos al territorio, al agua, al desarrollo, a la alimentación, a la cultura, al patrimonio e identidad. El 2 de diciembre de 2011 el referido Comité publicó el informe titulado *“Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Argentina”* en el cual se exponen preocupaciones en materia de violaciones a derechos de los pueblos originarios, y en especial por la situación de Salinas Grandes¹³⁴.

¹³² La presentación fue realizada el 26 de Junio de 2013, sin resolución a la fecha (en período de admisión). Una vez en tratamiento, si se comprobase la violación del derecho, el caso pasaría a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que falle a favor o en contra del Estado argentino.

¹³³ *“La extracción de recursos naturales a lo largo del país también ha generado numerosos casos de disminución de territorios de los cuales dependen los pueblos indígenas. En las zonas desérticas del norte del país, específicamente en las provincias de Salta y Jujuy, representantes indígenas expresaron su preocupación por el consumo de agua que realizan las empresas mineras y el temor de que ello conlleve efectos desastrosos sobre los niveles de este recurso en la zona. En la región de las Salinas Grandes que abarca las provincias de Salta y Jujuy, por ejemplo, se teme que la propuesta de explotación del litio afecte el nivel de agua en esta zona árida, el cual es necesario para la cría de ovejas, cabras y llamas, y es asimismo esencial para la producción y cosecha de la sal, una actividad importante para la economía tradicional de la zona”.* (Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina, A/HRC/21/47/Add.2; p. 10/11)

¹³⁴ *“ El Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento libre, previo e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (art. 75) y del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. El Comité está especialmente preocupado por las consecuencias negativas de la explotación de litio en Salinas Grandes (provincias de Salta y Jujuy) en el medio ambiente, el acceso al agua, la forma de vida y la subsistencia de las comunidades indígenas (arts. 1, 11 y 12).* (Informe del CESCR: *Consideration of reports submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Argentina*; 02/12/2011; E/C.12/ARG/CO/3; p. 2/3).

Por último, según surge de la página web de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), en noviembre de 2019 se inició una nueva acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta vez, abarcando temas ambientales¹³⁵.

Al respecto, allí se informa que: *“Ante las negativas por parte de las autoridades locales a escuchar sus reiterados reclamos, y frente al avance de medidas para promover la explotación de litio, presentaron junto con FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales) una acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contra las provincias de Jujuy y Salta y el Estado Nacional, solicitando la suspensión de toda la actividad y de todos los permisos mineros en trámite, con el fin de salvar un ecosistema de gran valor. Asimismo, se solicitó la realización de evaluaciones de impactos ambientales adecuadas y la creación de una instancia interjurisdiccional de gestión de la cuenca que garantice la gestión integral de la cuenca como unidad”*.¹³⁶

B.3.3. Rechazo del amparo incoado por la empresa “Petrolera Piedra del Águila” y control de convencionalidad (Caso N° 3)

El fallo dictado el 17 de febrero de 2011 rechazó la acción de amparo interpuesta por la empresa actora¹³⁷. Para así decidir, el juez de grado tuvo que determinar si la obstrucción al ingreso (planteada por la accionante y reconocida por los demandados) era legítima, y si el Estado provincial había respetado íntegramente el ordenamiento vigente al conceder los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos a la empresa.

En ese orden, enfatizó la existencia de normas jurídicas de la más alta jerarquía que reconocen amplios derechos a los pueblos originarios. Entre ellas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -aprobado por Ley 24.071-, que, según refirió: *“...protege el derecho a la existencia colectiva, a la identidad cultural, a la propia institucionalidad y el derecho a la participación de tales comunidades”*.

Además, hizo mención a la Constitución Nacional, que en el artículo 75 inciso 17 reconoce la identidad de los pueblos originarios y la propiedad colectiva de las tierras que tradicionalmente habitan y, también, la Constitución Provincial que en el artículo 53 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial; la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, disponiendo que no serán enajenables, ni transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos, asegurando su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten. A su vez, destacó que en ese plexo normativo se establece que la Provincia promoverá acciones positivas a su favor.

En tal contexto, consideró que el Convenio 169 de la OIT constituye una pieza fundamental en el deber del Estado de respetar el derecho a la identidad social y cultural de

¹³⁵ La causa está caratulada como “COMUNIDAD ABORIGEN DE SANTUARIO DE TRES POZOS Y OTRAS Y OTROS C/ JUJUY, PROVINCIA DE Y OTROS S/AMPARO AMBIENTAL” (Expediente N° CSJ 002637/2019-00).

¹³⁶ <https://farn.org.ar/proyecto/extraccion-de-litio-en-salinas-grandes-y-laguna-de-quayatavoc/>

¹³⁷ Cabe señalar que de los antecedentes de la causa surge que, con anterioridad al mentado fallo, se había concedido la medida cautelar requerida por la empresa actora y dictado sentencia favorable a aquella. No obstante, por razones procesales, la Cámara de Apelaciones anuló esa sentencia.

los pueblos indígenas, adoptando acciones concretas para proteger sus derechos y garantizar el respeto a su integridad.

Señaló que ese compromiso va de la mano del reconocimiento de la preexistencia de las poblaciones indígenas incorporado en la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inciso 17) y que establece que debe asegurarse la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. También recordó que, conforme lo previsto en la Carta Magna, las provincias pueden ejercer concurrentemente esas atribuciones.

Por otra parte, indicó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abrega, entre otros, en los derechos de los pueblos a la libre determinación y a sus medios de subsistencia de los cuales en ningún caso podrán ser privados. Y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos plantea específicamente los derechos que deben reconocerse a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las cuales no puede negarse el derecho a su vida, su cultura, su religión y su idioma, en común con los demás miembros de su grupo.

Teniendo en cuenta la normativa citada, señaló que: *“...la jerarquía constitucional que merecen en nuestro sistema los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto de Derechos Civiles y Políticos) y supralegal en el caso de los tratados internacionales (tal es el caso del Convenio OIT) constituyen obligaciones concretas de cumplimiento para la República Argentina frente a la comunidad internacional (art. 75, inc. 22, CN). Así, esta serie de instrumentos internacionales de derechos humanos guarda una enorme trascendencia política, a los fines de la unificación de pautas regionales. Es que estos acuerdos multilaterales definen pisos jurídicos (estándares) que por el nivel interno que poseen esas normas en cada uno de los países signatarios, luego terminarán influyendo en un intenso desarrollo normativo uniforme y unificante, de las pautas e institutos acordados en esas instancias (conf. Di Paola, María Eugenia y Esain, José, “La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, LA LEY 2009-C-471)”*.

En dicho contexto, señaló que la propia autoridad de aplicación (v.gr. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) reconoció el carácter originario de la Comunidad accionada, así como el territorio que ocupa, posesión que es reconocida constitucional y legalmente.

También, el magistrado distinguió que la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil. Y en tal sentido, señaló que, por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria, aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior. Pues es la propia Constitución la que indica que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. Por ende, aclaró que *“La posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas que, si bien pueden requerir alguna “adecuación” (no limitación) normativa, son plenamente operativas”*.

En atención al marco normativo expuesto, el sentenciante concluyó que la consagración del derecho de participación implica que las comunidades indígenas siempre deberán ser consultadas cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas, ya sea en forma directa como indirecta.

En tal sentido, indicó que, según la doctrina más especializada *“...esta garantía está integrada por: a) el derecho a la información y consulta: que debe ser amplia, previa, obligatoria, de buena fe, con libre expresión de los pueblos indígenas y con respeto a sus instituciones y prácticas ancestrales; b) derecho a impedir la realización de cualquier iniciativa que no haya sido precedida de esa información y consulta: asignándole a esta última el carácter de*

“dictamen sui generis obligatorio” cuya ausencia determina que las decisiones que se dicten sean insanablemente nulas; c) derecho a obtener beneficios económicos en caso de que ello resulte de la explotación de recursos naturales, o de otras actividades turísticas, rurales, industriales, o de cualquier índole y d) derecho a controlar la ejecución, implementación y evaluación de las actividades desplegadas y que puedan afectar sus intereses: lo que se traduce en una consulta permanente, a lo largo de todas las etapas, para lo cual deben proporcionarse los medios económicos necesarios para que dicho control sea efectivo (conf. Hualpa, E. R., “Sin despojos. Derecho a la participación mapuche-tehuelche”, ENDEPA, Resistencia, 2003, p. 29)”.

En igual sentido, y referido a los recursos naturales, el fallo recuerda lo dispuesto en el art. 15 del Convenio 169, que prevé: *“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.*

El marco normativo aplicable -anteriormente referenciado- y las pruebas arrimadas a la causa, llevaron al magistrado a concluir que, en ese caso, no se había dado cumplimiento a procedimiento de consulta o gestión conjunta de recursos alguno. En efecto, consideró que aquél -más allá de algunas intenciones iniciales- nunca se materializó.

Por ello, expresó que: *“...a partir del reconocimiento como Comunidad de la accionada, debió el Estado Provincial y la Empresa Petrolera Piedra del Águila S.A. retomar las negociaciones para llegar a un acuerdo que satisficiera los derechos de consulta y participación que constitucionalmente han sido garantizados a los pueblos originarios para casos como el de autos”, para concluir que correspondía rechazar la acción promovida por Petrolera Piedra del Águila S.A., toda vez que “... en las presentes actuaciones no se ha demostrado el cumplimiento cabal y adecuado de los procedimientos de consulta y participación prescriptos por el art. 75, inc. 17, Constitución Nacional (con las especificaciones contenidas en los arts. 6, 7 y 15, Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 24.071) así como por el art. 53, Constitución Provincial, y por los arts. 10, 19, 29, inc. 2, 30, inc. 2 y 32, inc. 2, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas...”.*

Los fundamentos expuestos por el magistrado sentenciante llevan a considerar que, al investir de juridicidad a los actos de resistencia en que incurrieron los demandados, en el entendimiento de que las normas de otorgamiento de permisos de exploración o concesión de explotación no se habían emitido sobre la base de un procedimiento administrativo adecuado, el juzgado aplicó -de manera implícita- el control de convencionalidad¹³⁸, en armonía con la

¹³⁸ La doctrina del control de convencionalidad emergió de la jurisprudencia de la CIDH. En líneas generales, supone que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces, como parte del aparato estatal, también están sometidos a ese tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermados por la aplicación de leyes internas contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Y además, señala que para ello, el Poder Judicial debe tener en cuenta

línea jurisprudencial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En otras palabras, al momento de valorar las circunstancias del caso, aseguró la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, al cotejar que las normas internas (en el caso, que otorgaron la concesión) no cumplían con los tratados internacionales vigentes en el país. De esa forma, el control de convencionalidad cumple una función esencial, pues tiende a evitar la responsabilidad internacional que le puede caber al país por incumplir los tratados internacionales.

C – DISEÑO DE MODELO

Conforme se explicó en el apartado A.3.1, si bien las normas aplicables al instituto de la consulta se consideran operativas, los obstáculos y las dificultades señaladas a lo largo de este trabajo podrían minimizarse a través de su reglamentación, que establezca de forma anticipada, expresa y clara las pautas y procedimientos a seguir, así como las partes involucradas, interlocutores, plazos de cumplimiento, formas, lugares, carácter y alcance de las decisiones que se adopten (entre muchas otras cuestiones).

En atención a ello, en esta sección se proponen ciertas pautas a tener en cuenta o modelo a seguir para la realización del proceso de consulta y la mesa de diálogo con las comunidades originarias.

He tenido la dicha de participar y seguir muy de cerca el proceso de consulta que se está llevando a cabo en relación a los Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz, con lo cual, la propuesta que se acerca no sólo tiene en cuenta la normativa estudiada, sino también las permanentes vicisitudes encontradas a la hora de llevarlas a la práctica.

De esa forma, se intentará brindar un aporte que contemple todas esas cuestiones, con la finalidad de ser una herramienta que sirva para atravesar de manera exitosa todo el proceso, que establezca reglas claras y se ajuste a la normativa vigente.

C.1 – PROPUESTA DE MODELO DE CONSULTA

Tal como se expuso a lo largo de este trabajo, el derecho a la consulta previa, libre e informada implica la obligatoriedad para el Estado de llevar adelante un proceso de información, conocimiento, diálogo intercultural y análisis conjunto con las comunidades indígenas, sobre todos aquellos casos en que se prevea la adopción de medidas legislativas¹³⁹ o administrativas¹⁴⁰ que pudieran afectar sus derechos colectivos. Es decir, se trata de un mecanismo democrático para el ejercicio de los derechos colectivos que

no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo haya efectuado el organismo internacional pertinente.

¹³⁹ Comprende todos los proyectos o anteproyectos de normas (sean nacionales, provinciales o municipales) susceptibles de afectar directa o indirectamente los derechos colectivos de las comunidades originarias.

¹⁴⁰ Refiere a los actos administrativos que pretendan habilitar la implementación de proyectos, obras, planes, programas o actividades que el Estado prevea ejecutar (por sí o a través de terceros) y que sean susceptibles de afectar directa o indirectamente los derechos colectivos de las comunidades originarias.

permite profundizar la democracia directa, participativa y comunitaria.

A los fines de un mayor entendimiento, y para facilitar el seguimiento de las acciones y de los objetivos propuestos, es importante dividir el procedimiento de consulta previa, libre e informada en distintas etapas:

- Etapa preliminar (C.1.1);
- Plan de Consulta (C.1.2);
- Etapa de diálogo intercultural (C.1.3);
- Etapa de evaluación interna (C.1.4);
- Etapa decisoria (C.1.5); y
- Etapa de monitoreo (C.1.6).

Cabe señalar que el órgano estatal competente tiene el deber de identificar, bajo su responsabilidad y en forma previa a la aprobación de un proyecto energético, si éste presenta una relación directa o indirecta con los derechos colectivos de las comunidades originarias. En caso de identificarse la potencial afectación de esos derechos, se deberá proceder a la apertura del correspondiente Proceso de Consulta.

A continuación, se desarrollan cada una de las etapas del proceso mencionadas.

C.1.1. Etapa preliminar

Constituye una etapa preparatoria del proceso de consulta, que debe llevarse a cabo cuando pretenda realizarse un proyecto que de alguna manera pueda afectar a las comunidades originarias.

En tal sentido, esta etapa comprende:

- (i) La identificación de los pueblos o comunidades originarias que directa o indirectamente pudieran verse afectados por el proyecto energético tenido en miras.
- (ii) La identificación de la relación entre el proyecto energético, y la afectación de los derechos colectivos de las comunidades originarias. Es decir, qué consecuencias –positivas y/o negativas- implicaría para esas comunidades la realización del proyecto.
- (iii) La individualización de las autoridades o representantes de esas comunidades que potencialmente se verían afectadas.
- (iv) Reuniones preparatorias entre los funcionarios del organismo estatal impulsor del proyecto y los representantes de las comunidades originarias, a los fines de elaborar el Plan de Consulta.

Sin perjuicio de que la obligación legal de realizar la consulta recae sobre el organismo estatal interesado o responsable del proyecto, resulta trascendental que además participen, tanto en esta etapa como a lo largo de todo el proceso, las empresas contratistas de la obra, los organismos provinciales competentes en la materia y el Instituto Nacional de Asuntos

Indígenas (INA)¹⁴¹.

C.1.2. Plan de Consulta

El Plan de Consulta deberá ser presentado por el organismo estatal directamente vinculado al proyecto (de acuerdo a los parámetros acordados en las reuniones preparatorias), y consensuado con los referentes de las comunidades originarias que participarán del proceso de consulta propiamente dicho.

En Plan de Consulta debe contener:

- (i) **Información clara y entendible del proyecto** a realizar, y de las consecuencias directas e indirectas que implica.
Se deberá consensuar la forma de publicar las medidas o acciones objeto de consulta, para que resulten accesibles a todos los interesados. A tal fin, deberán emplearse métodos y procedimientos culturalmente adecuados, teniendo en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan, su organización, idioma y cultura. La información que se brinde debe incluir los motivos, implicancias, duración, impactos y consecuencias que generará el proyecto. Además, debe especificarse la ubicación de las áreas que se verán afectadas, que incluya una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, de los posibles riesgos, y una propuesta de distribución de beneficios (en caso de corresponder).
- (ii) **Recursos y logística** que demandará el proceso. El Estado es el responsable de garantizar los recursos necesarios para asegurar la efectiva participación de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas en el Proceso de Consulta, por ende, se debe contemplar el financiamiento para traslados de los afectados, traductores a la lengua indígena, contratación de técnicos o asesores, y todas aquellas acciones que resulten necesarias. Es importante determinar y consensuar con antelación cada una de estas cuestiones, que hacen a la necesaria planificación estatal y sujeción a un presupuesto determinado y aprobado¹⁴².
- (iii) **Lugar y cronograma de las reuniones o talleres.** Resulta de suma importancia diseñar con antelación todo el cronograma que demandará el proceso de consulta, a los fines de acotar o delimitar el margen temporal y brindar previsibilidad a todas las partes involucradas. Ello implica la proyección de fechas, horarios, lugares y cantidad de reuniones que demandará el

¹⁴¹ Órgano estatal competente en materia indígena.

¹⁴² A modo de ejemplo, cabe señalar que en la causa "COMUNIDAD MAPUCHE TEHUELCHÉ LOF FEM MAPUC/ ESTADO NACIONAL- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA Y OTROS S/ AMPARO LEY 16.986" (Expediente N° FCR 008129/2017), la actora generó numerosas incidencias bajo amenaza de deslegitimar el proceso de consulta; entre ellas, cuestionó la cantidad de asesores intervinientes por las comunidades, en el entendimiento de que podía ampliar el número a su arbitrio, sin contemplar cuestiones presupuestarias del Estado.

proceso, así como posibles visitas a las zonas donde se prevé realizar las obras.

- (iv) El **idioma** al que se ordenará la traducción durante el proceso de consulta (Si fuere necesario).
- (v) **Rol de los participantes** en las reuniones y **reglas de participación**. Resulta insoslayable incluir un “**moderador imparcial**”¹⁴³.
- (vi) **Métodos de registro** (Tanto de los participantes del proceso, como de las actividades y los avances que se lleven a cabo). Usualmente se labran Actas que son suscriptas por todas las partes.

C.1.3. Etapa de diálogo intercultural

La etapa de diálogo intercultural deberá desarrollarse en función de lo acordado en el Plan de Consulta. En tal sentido, se procurará respetar la logística, la disponibilidad de los técnicos de cada parte, los lugares de encuentro, el cronograma de las reuniones o talleres previamente consensuado y las reglas de participación (entre otras cuestiones).

A los fines de garantizar el éxito del proceso, se debe promover una comunicación franca y directa entre los órganos estatales competentes, las empresas promotoras del proyecto y los representantes de los pueblos indígenas. Es decir, un diálogo sincero y de buena fe entre todos los participantes, que genere un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

Asimismo, deberá garantizarse a las partes la posibilidad de intervenir en iguales condiciones dentro del proceso de consulta, como así también que no haya coacción, manipulación ni condicionamiento alguno para la toma de decisiones.

Las opiniones y propuestas que se expresen durante el desarrollo del proceso de diálogo deberán quedar registradas en actas, toda vez que constituirán la base para

¹⁴³ En los autos indicados en la nota anterior, la actora también cuestionó el rol de moderador o facilitador llevado a cabo por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), en el entendimiento de que su postura no era imparcial o neutral. No obstante, por resolución del 4 de junio de 2018, el juez interviniente desestimó esa denuncia. Asimismo, el magistrado indicó que: “...el INAI es un organismo descentralizado creado por la Ley 23302, que implementa las políticas sociales destinadas a los pueblos originarios, siendo su principal propósito asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, garantizando el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente (Art.75, Inc.17). En cumplimiento de dicha finalidad es el organismo estatal que debe prestar atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país para asegurar su defensa y desarrollo; su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades, además de atender a la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes, tal como lo establece el Decreto 410/2006 que reglamenta su estructura organizativa. Que de una simple lectura de la Ley Nacional de Asuntos Indígenas N° 23.302 y en general de la Ley N° 24.071 que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, debo concluir en que el INAI resulta el organismo adecuado y natural para actuar como facilitador y convocante en el proceso que nos ocupa, contando con presencia permanente de personas especializadas y de miembros de las comunidades originarias”.

fundamentar la decisión final que se adopte.

C.1.4. Etapa de evaluación interna

Transcurrida la etapa de diálogo intercultural entre los representantes de los organismos gubernamentales involucrados (tanto nacionales, como provinciales y municipales), las empresas contratistas de la obra y los referentes de las comunidades originarias, se prevé una etapa -exclusiva de las referidas comunidades- que comprende la consulta hacia el interior de los pueblos originarios y sus integrantes, conforme al Plan de Consulta establecido.

Cabe recordar que esta etapa debe desarrollarse dentro de plazos prudenciales y razonables previamente estipulados (que variarán de acuerdo a las costumbres, cultura y forma de toma de decisiones de cada pueblo en particular), y que permitan a cada pueblo indígena, sus instituciones u organismos representativos, conocer, reflexionar y abrir un proceso interno de adopción de decisiones para realizar propuestas concretas sobre la medida o el proyecto objeto de la consulta.

En definitiva, se trata de una etapa de evaluación y reflexión colectiva respecto de los alcances e incidencias del proyecto en cuestión, y la afectación de sus derechos.

C.1.5. Etapa decisoria

Completadas las anteriores etapas del proceso de consulta, llega el momento de obtener la expresión final de la voluntad colectiva de los pueblos indígenas, es decir, la resolución o decisión sobre el proyecto propuesto.

Dicha decisión se exteriorizará a través de las instituciones, organizaciones o representantes de los pueblos indígenas afectados que participaron del proceso, y comprende la posibilidad de aceptar o rechazar el proyecto en debate, e incluso establecer condiciones a la propuesta estatal.

En el caso de que las comunidades originarias prestaren conformidad con el avance del proyecto objeto de la consulta, se formalizará el correspondiente convenio, cuyo cumplimiento será de carácter obligatorio para todas las partes.

En caso de que no se alcanzare un acuerdo a través del proceso de consulta, corresponderá al órgano estatal competente adoptar y detallar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de las comunidades afectadas y los derechos a la vida, la integridad y el pleno desarrollo de éstas.

La resolución final que se adopte se verá reflejada en la redacción del convenio final. Deberá estar debidamente motivada y fundamentada en las actas del proceso de consulta, e implicará una evaluación de los distintos puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas durante las mesas de diálogo; así como el análisis de las consecuencias que la realización del proyecto provocaría respecto de sus derechos reconocidos constitucionalmente, así como en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

C.1.6. Etapa de monitoreo

La etapa de monitoreo comprende:

- (i) Definición de plazos, organismos responsables y recursos necesarios para llevar a cabo el monitoreo;
- (ii) Monitoreo del Proyecto y del cumplimiento de las condiciones acordadas durante el proceso de consulta;
- (iii) Realización de Informes periódicos sobre la evolución del convenio.

En la siguiente ilustración, se sintetizan cada una de las etapas del procedimiento de consulta previa, libre e informada desarrolladas precedentemente:



Ilustración 14: Etapas del procedimiento de consulta previa, libre e informada. Fuente: Elaboración propia.

C.2 – REFLEXIÓN FINAL

Al momento de pensar y optar por el título que llevaría este trabajo, procuré que reflejara -desde el comienzo- la inquietud que me movilizó a realizar la investigación y estudio del tema en trato. Si bien reconozco que esa opción mereció algunos comentarios (por cierto, constructivos y bienvenidos), que -en general- sugerían la supresión de la frase alusiva a un “potencial problema”, precisamente esas dos palabras constituyen la clave y el enfoque sustancial que pretendí darle, y espero de alguna manera haberlo logrado. Es decir, el trabajo no se agotaría en la mera exposición de las licencias sociales de las comunidades originarias que se requieren para los proyectos energéticos, sino que la intención siempre fue la de alertar y señalar las dificultades latentes al momento de abordarlas.

En tal entendimiento, los problemas encontrados son numerosos y de variada índole, pero con el denominador común del profundo contraste existente entre las cosmovisiones de sociedades y culturas disímiles, que en ciertos aspectos se tornan opuestas.

Así, en primer lugar, se puede apreciar que el contexto histórico y normativo que atravesaron los pueblos indígenas genera –*a priori*- un clima emocional de desconfianza ante cualquier escenario de posible alteración o afectación de sus derechos.

En igual sentido, pero visto desde otro ángulo, aún en la actualidad -aunque cada vez con menor frecuencia- también subsisten ciertas reticencias o reparos en la aplicación o en la práctica respecto de la normativa internacional y constitucional referida a estos pueblos.

Tal como se describió a lo largo de este trabajo, actualmente existe una infinidad de normas -que fueron creadas paulatinamente a lo largo de la historia- para proteger los derechos colectivos de esas minorías. Entre ellas, las referidas al derecho de participación y consulta de las comunidades originarias, cada vez que pretenda adoptarse medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar sus derechos.

Referido particularmente a ese instituto, y en segundo lugar, se torna evidente que la falta de reglamentación del derecho de participación y consulta –si bien no impide considerar su operatividad- genera un abanico de dificultades al momento de llevarlo a la práctica.

Los casos desarrollados en este trabajo constituyen algunos de los tantos ejemplos existentes en nuestro país, que denotan que existe un largo camino de aprendizaje por recorrer. Y para que esa andanza comience de la mejor manera, es fundamental la proactividad de los organismos estatales involucrados al momento de encarar un proyecto energético, ya que la exigencia de que la consulta a las comunidades originarias sea “previa” torna inadmisibles –o al menos cuestionables- cualquier comportamiento reactivo posterior -generalmente motivado por sus denuncias-, y que suponen un grave riesgo para la continuidad de las obras.

Por otra parte, uno de los mayores desafíos que deberá sortear la reglamentación que en el futuro se dicte, será establecer de forma expresa y clara el alcance de las decisiones que se adopten en el marco del proceso de consulta. Ello, toda vez las comunidades pretenderán que sus decisiones sean vinculantes, es decir, tener la potestad de frenar cualquier proyecto, cuando entiendan que va en contra de su cosmovisión o que perjudica su cultura y forma de vida. En sentido opuesto, desde el Estado se pretenderá otorgarle un carácter no vinculante a la decisión que adopten los pueblos indígenas, toda vez que el interés público general debería primar por sobre los de un determinado grupo en particular. Entiendo que allí radica una de las claves para evitar el enorme y potencial problema que hoy se observa y se refleja en los reclamos (tanto judiciales como extrajudiciales).

El diálogo sincero y de buena fe -por ambas partes- deberá ser el punto de partida para sortear exitosamente estos obstáculos.

En definitiva, el gran desafío consistirá en diseñar mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, respetando en todo caso los derechos fundamentales.

4. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

4.1 FUENTES INFORMATIVAS

- Boletín Oficial de la República Argentina (B.O.) – www.boletinoficial.gob.ar
- Congreso de la Nación Argentina – www.congreso.gob.ar
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) – www.csjn.gov.ar
- Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)
<https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) –
www.indec.gob.ar
- Integración Energética Argentina Sociedad Anónima (IEASA) – www.ieasa.com.ar
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – www.argentina.gob.ar/ambiente
- Organización de los Estados Americanos (OEA) – www.oas.org
- Organización de Naciones Unidas (ONU) - <https://www.un.org/es/>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) – www.ilo.org
- Poder Judicial de la Nación (PJM) – www.pjn.gov.ar
- Represas Patagonia CGGC – ELING – HCSA – UTE - <https://represaspatagonia.com.ar/>
- Secretaría de Energía de la Nación (dependiente del Ministerio de Economía) –
www.argentina.gob.ar/economia/energia

4.2 BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor; *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*; Thomson Reuters; Cita Online: 0003/012631.
- Ackerman, Mario E. - Elkin, Natan; *Normas internacionales del trabajo sobre los pueblos indígenas. Tendencias recientes*; LA LEY 05/09/2014, 05/09/2014, 1 - LA LEY 2014-E, 783 - DT2014 (noviembre), 2990; Cita Online: AR/DOC/2433/2014.

- Antúnez Sánchez, Alcides F. - Díaz Ocampo, Eduardo; *El pluralismo jurídico y los derechos de la Pachamama*; RDAmb 52, 21/12/2017, 13; Cita Online: AR/DOC/4105/2017.
- Badillos, Ana; *La protección a un ambiente sano y su vinculación con los Derechos Humanos*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 270, 19-03-2008; Cita Digital: ED-DCCLXX-20.
- Bagnat, Maximiliano; *El conflicto entre el derecho indígena y el derecho oficial (a propósito del principio de legalidad penal)*; DPyC 2019 (octubre), 10/10/2019, 47; Cita Online: AR/DOC/2901/2019.
- Bazán, Víctor; *Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2004, 327, 20-04-2004; Cita Digital: ED-DCCLXVI-898.
- Bidart Campos, Germán, *Informe al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas "Dr. Ambrosio I". Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 3 de octubre de 1996 (inédito).
- Bidart Campos, Germán J., *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*, LL 1996-B-1205.
- Bidart Campos, German J.; *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, Tº I.
- Bravo, Paula A.; *Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales*; Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre), 12/11/2019, 77; Cita Online: AR/DOC/3768/2019.
- Casaccia, Silvia - Tolosa, María Gabriela; *"El derecho a la propiedad comunitaria indígena". Una visión jurídica y humanista*; Argentina, El Derecho, 05-07-2010; Cita Digital: ED-DCCLXXIII-896.
- Chiacchiera Castro, Paulina R.; *Conflictos etnoambientales, pueblos indígenas y Poder Judicial*; Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 284, 16-10-2019; Cita Digital: ED-CMVII-802.
- Chiacchiera Castro, Paulina R.; *La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)*; Sup. Const- 2008 (setiembre), 01/01/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1073; Cita Online: AR/DOC/2213/2008.
- Cianciardo, Juan; *Los derechos de los pueblos originarios argentinos*; Thomson Reuters; Cita Online: 0003/015692.
- Ciselli, Graciela; *La protección del paisaje en el sistema jurídico argentino*; Argentina, El Derecho - Ambiental, Tomo 263, 1043, 02-07-2015; Cita Digital: ED-DCCLXXV-363.
- De Greef, Pablo E.; *Conflictos ambientales, energía y riesgo*; RDAmb 36, 10/12/2013, 274; Cita Online: AR/DOC/6558/2013.

- Falbo, A. J, *Derecho Ambiental*, La Plata, Ed. Librería Editora Platense, 2009.
- Fernández, Juan Carlos; *La jurisprudencia neuquina en materia de protección de los derechos de los pueblos preexistentes. Su línea actual y su ponderación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; RDAmb 35, 01/07/2013, 242; Cita Online: AR/DOC/6161/2013.
- García Minella, Gabriela; *"A veinte años de la reforma constitucional de 1994". La norma ambiental constitucional: clave y enclave para los derechos de las comunidades indígenas argentinas*; RDAmb 40, 04/12/2014, 205; Cita Online: AR/DOC/5814/2014.
- Gasol Varela, Claudia Gabriela; *La cuestión indígena en el derecho internacional actual*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2006, 695, 20-12-2006; Cita Digital: ED-DCCLXIX-237.
- Gentile, Jorge H.; *A 20 años de aprobado el Convenio 169 de la OIT sobre Indígenas y Pueblos Tribales*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2012, 405, 18-04-2012; Cita Digital: ED-DCCLXXII-988.
- Gnecco, Lorenzo P.; *La OIT y el valor jurídico de los dictámenes de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*; Argentina, El Derecho - Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 01-06-2019; Cita Digital: ED-DCCCXL-362.
- Gómez, Antonio; *Pueblos Originarios: Consulta Previa y Consentimiento previo libre e informado*; LLNOA2013 (junio), 472; Cita Online: AR/DOC/2006/2013.
- Gouvert, Juan Fernando; *Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 336, 23-05-2008; Cita Digital: ED-DCCLXX-134.
- Grillo, Iride Isabel; *Caminando el siglo XXI: Muchas leyes y poca justicia. La justicia del amparo*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2013, 605, 12-11-2013; Cita Digital: ED-DCCLXXIV-197.
- Grillo, Iride Isabel; *Pueblos originarios y tutela constitucional efectiva*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2011, 467, 14-07-2011; Cita Digital: ED-DCCLXXII-389.
- Guisado, Héctor C; *Interpretación y aplicación de los convenios de la OIT. Su incidencia en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica nacional*; Publicado en: DT2012 (julio), 1675; Cita Online: AR/DOC/3497/2012.
- Highton de Nolasco, Elena I., *El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994*; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 1994, Nº 7, Derecho Privado en la reforma constitucional.
- Hualpa, Eduardo R.; *Derechos indígenas y minería. A propósito del fallo "Mellao Morales" dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén*; Sup. Const- 2011 (febrero), 11/02/2011, 37 - LA LEY2011-A, 343; Cita Online: AR/DOC/8009/2010.

- Hualpa, Eduardo R.; *Jueces, Pueblos Indígenas y Derechos*; Sup. Const. 2009 (febrero), 01/01/2009, 9 - LA LEY2009-A, 1223; Cita Online: AR/DOC/262/2009.
- Kozak, Verónica; *Acerca de la tensión entre el sistema de normas del derecho positivo y las valoraciones culturales de los pueblos aborígenes*; Thomson Reuters; Cita Online: 0003/011605.
- Lamberti, Alicia M.; *Cuestiones de derecho procesal ambiental en la defensa de derechos colectivos de los pueblos originarios: estado de la jurisprudencia*; SJA 18/12/2013, 18/12/2013, 45 - Cita Online: AR/DOC/6786/2013.
- Lezcano, Juan Manuel; *El principio de igualdad y el multiculturalismo: el caso de los pueblos originarios*; Thomson Reuters; Sup. Act. 28/06/2012, 28/06/2012, 1; Cita Online: AR/DOC/3040/2012.
- Lorenzetti, Ricardo L.; *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni. 1° Ed. 2010.
- Luque, Carlos D.; *La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2015, 411, 17-06-2015; Cita Digital: ED-DCCLXXV-321.
- Midón, Mario A. R.; *El reconocimiento de sus derechos a nuestros pueblos indígenas*; SJA 20/08/2014, 20/08/2014, 122 - Cita Online: AR/DOC/5362/2014.
- Montilla Zavalía, Félix A.; *Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la legislación argentina*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2014, 501, 19-09-2014; Cita Digital: ED-DCCLXXIV-785.
- Mosset Iturraspe, Jorge - Hutchinson, Tomás - Donna, Edgardo A., *Daño ambiental*, Santa Fe, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, 1999, t. I.
- Navarro Floria, Juan G.; *Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial*; Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 263, 583, 08-06-2015; Cita Digital: ED-DCCLXXV-309.
- OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*; Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo - Ginebra: OIT, 2013.
- OIT; *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*, Informe VI (1), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988.
- Padilla, M., *Un peligroso precedente*, diario La Prensa del 31/7/1994.
- Pigretti, Eduardo A.; *América, Latinoamérica y los pueblos originarios. Enfoques y desafíos del proceso de consulta y participación en actividades extractivas*; Argentina, El Derecho - Ambiental, Tomo 273, 1051, 09-06-2017; Cita Digital: ED-DCCLXXVI-724.
- Rosatti, Horacio, *La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional argentina*,

Revista de Derecho de Daños, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Daño Ambiental, 2008-3.

- Rufino, Marco A.; *La cuestión de los pueblos originarios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 275, 06-12-2017; Cita Digital: ED-DCCLXXVII-36.
- Sabsay, Daniel - Fernández, Cristian; *Procedimientos participativos y democracia ambiental*; SJA 12/11/2014, 12/11/2014, 43; Cita Online: AR/DOC/5791/2014.
- Sagüés, Néstor P.; *Categorización jurídica de los convenios de la OIT en el derecho constitucional argentino. Una visión sintética*; Argentina, El Derecho - Diario, Tomo 283, 06-06-2019; Cita Digital: ED-DCCLXXVII-828.
- Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela; *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su aplicación en el derecho interno argentino*; Neuquén, ODHPI, 2da ed. 2010.
- Scotti, Edgardo O.; *Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería jurídica y régimen de la propiedad comunitaria*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 495, 19-09-2008; Cita Digital: ED-DCCLXX-354.
- Siano, Juan Martín; *La propiedad indígena. Su estatus con la sanción de la ley 27.400 y su relación con la explotación de recursos naturales*; Argentina, El Derecho - Constitucional, Tomo 2018 M, 287, 20-04-2018; Cita Digital: ED-DCCLXXVII-228.
- Travieso, Juan Antonio; *Los derechos humanos de los pueblos indígenas (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y Tratados internacionales)*; Thomson Reuters; Cita Online: 0003/001362.
- Vázquez, Gabriela A.; *Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto*; LA LEY 12/07/2012, 12/07/2012, 1 - LA LEY2012-D, 948; Cita Online: AR/DOC/3338/2012.
- Walter, Guillermo N.; *Sobre el derecho al ambiente de las generaciones futuras y sus alcances*; Argentina, El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2016, 410, 26-04-2016; Cita Digital: ED-DCCLXXV-964.