

La aplicación judicial del derecho de consulta.

Por Fernando Kosovsky¹

1. Presentación

El derecho de consulta es un derecho fundamental de defensa de los pueblos indígenas.

La obligación de consultar emerge cuando hay una afectación potencial a algún interés o derecho de un Pueblo indígena. Por eso, es una garantía fundamental de protección del resto de los derechos. El obligado siempre es el estado y pueden serlo también, concurrentemente, personas privadas físicas o jurídicas.

El estado es el primer obligado a respetar y hacer respetar el derecho a la consulta: antes de actuar, previo a tomar una decisión administrativa e incluso antes de intervenir por vías de hecho que puedan afectar derechos civiles, políticos, económicos, sociales y/o culturales de los pueblos indígenas debe consultarlos siguiendo los estándares del art. 6 del Convenio 169 de la OIT². Tal debería ser la regla. Sin embargo, en mi experiencia, en Argentina, la regla es su incumplimiento.

Ni el estado federal argentino ni ningún estado provincial o municipal ha desarrollado siquiera mínimamente estructuras administrativas³ capaces de llevar adelante el derecho a la consulta.

Este problema estructural es la contracara de la falta de respeto por la ley y, como lo analizan autorizada doctrina internacional, de la falta de adaptación de las estructuras del estado y de la interpretación normativa a la nueva normativa vigente⁴.

Sin el imperio del Derecho -de los pueblos indígenas- en Argentina, los indígenas han debido acudir, como último recurso, a los tribunales para tratar de frenar el atropello sistemático a sus derechos.

Hay diversas experiencias descritas en este libro⁵ donde se analiza exhaustivamente el contenido de esta obligación estatal⁶ e inclusive la consulta legislativa⁷ y sobre cómo se ha denunciado judicialmente la violación al derecho de

¹ Abogado del GAJAT. Representante para la Patagonia de la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena.

² Me remito a los trabajos de autores de esta obra Cecilia Jezieniecki, del GAJAT, con los contenidos mínimos que trata Sandra Ceballos "El derecho a la Consulta y los estándares internacionales de derechos humanos"; Silvina Zimerman, Silvina Ramírez

³ Jezieniecki, Cecilia, "El derecho a la consulta libre, previa e informada a la luz de los principios del debido proceso en el procedimiento administrativo.

⁴ SOSSIN, Lorne, The Duty to Consult and Accommodate: Procedural Justice as Aboriginal Rights. Paper prepared for Osgoode Hall Law School 5th Annual National Forum on Administrative Law & Practice (October 16, 2009). <http://ssrn.com/abstract=1911406>

⁵ Ver en este libro García, Julio "La otra cara de la Luna, Derecho a la consulta. Verso y Reverso del Derecho a la Consulta a partir de Experiencias con naciones indígenas en el Nordeste de Argentina". Solá, Rodrigo "Experiencias de aplicación del derecho a la consulta (casos de Piedra Negra en La Quiaca y paso de la fibra óptica en Hornaditas, Ovara y Negra Muerta).

⁶ Ver en este libro Ramírez, Silvina, "El desarrollo del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado", Sandra Ceballos, "El derecho a la Consulta y los estándares internacionales de derechos humanos"; Zimerman, Silvina, con los estándares internacionales en la materia. Rodríguez Duch, Darío, "La responsabilidad estatal de consultar con los Pueblos Indígenas".

⁷ Art. 33 del Convenio 169 de la OIT. Ver en particular en este libro Salgado, Juan Manuel de Rawson, "El proceso de consulta legislativa: El caso "Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén".

consulta y participación por parte de otros poderes, cómo se ha reclamado su efectiva vigencia y su aplicación -e inaplicación- jurisprudencial⁸.

En este trabajo, me propongo exponer y reflexionar sobre la aplicación judicial de la consulta a los pueblos indígenas en la provincia de Río Negro, y el lugar que se le ha asignado como garantía en el proceso judicial, proponiendo a modo de conclusión, cómo podría aplicarse en el futuro.

2. La consulta como garantía judicial.

En materia del deber de consulta y consentimiento previo libre e informado los incumplimientos son la regla, tanto por el estado como por terceros.

Es por ello que me gusta describir casos reales para dimensionar la importancia de la función de garantía en el ámbito judicial de esos dos derechos de los pueblos indígenas ilustrándolos con hechos de casos concretos que exhiben los intereses en juego.

Aclaro para aquellos que pretendan encontrar en aquí jurisprudencia útil para citar en apoyo, que la función de garantía no se ha cumplido en los casos que cito.

No obstante, ello, los elegí por dos razones: 1) porque son casos notorios y públicos; 2) porque la violación a la función de garantía es tan claro, tan evidente que son dignas de ser citados como casos de “manual” para ilustrar lo que no se deben hacer.

3. El caso CODECI⁹

Este caso fijó un estándar en la materia y en la provincia, así como enseñanzas importantes en materia de información, participación y consulta previa para los pueblos indígenas.

La Empresa Minera Aquiline Argentina S.A. negoció con el gobierno de la Provincia de Río Negro la realización del “PROYECTO CALCATREU” para actividades de exploración y con finalidad de extracción de mineral de primera categoría (oro y plata), en un lugar donde ejercen la posesión tradicional familias indígenas que allí viven e integran la Comunidad Mapuche “LIPETREN CHICO” (Personería Jurídica N° 05/02 Res. N° 546/02.

Habiendo verificado que las actividades iban a realizarse en tierras ocupadas tradicionalmente por Comunidades Mapuche de la provincia a las que no dio información, ni participación ni consulta previas el Consejo de desarrollo de las Comunidades Indígenas (CODECI) denunció las actividades de gran impacto¹⁰ en la

⁸ Ver en este libro Hualpa, Eduardo, “La Corte Suprema de Justicia y la Consulta a los Pueblos Indígenas”

⁹ CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 19439/04-STJ-), SENTENCIA N° 72/2005 del 16 de agosto del 2.005.- (Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI)

¹⁰ La demanda reputa que dicha actividad generó montañas de rocas estériles y escombreras que contienen azufre que aflora al ser apedazadas, expuestas a los agentes climáticos que drenan ácido que penetra en la tierra y por ende a las aguas subterráneas que resultan contaminadas, formando compuestos altamente tóxicos, afectando en calidad y en cantidad el agua disponible en la zona, para lo cual la explorante declara utilizar esas aguas superficiales, como por ejemplo el arroyo Quetrequile, habitualmente seco excepto entre junio y octubre de cada año, sin previsiones sobre el sellado de perforaciones, ni la modificación del paisaje, ni el método para cerrar las vetas, con apertura de enormes cráteres en los cerros, con presunto enviciamiento del aire con problemas respiratorios, alérgicos y visuales, empleando el método de “lexivisión con cianuro” (sic) con compromiso de los seres humanos y

demanda que promovió en contra del propio estado provincial. Denunció que la Dirección de Minería que le aplicó el secreto estadístico, impidiendo cumplir la función que le es propia como organismo mixto con participación indígena; ídem en cuanto a la Dirección de Tierras en su carácter de órgano administrador de las tierras fiscales, a quien atribuyó un obrar omisivo y reticente con inobservancia del art. 42 de la C.P. y de los inc. 17) y 22) del art. 75 de la C.N. - Asimismo respecto del CODEMA. (CONSEJO DE ECOLOGIA Y MEDIO AMBIENTE) por falta de reconocimiento del Pueblo Mapuche al ejercer sus atribuciones de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 3266, en especial ante una declaración de impacto ambiental insuficiente y extemporánea con omisión del impacto social y cultural, además de los arts. 7, 13, 23, 26 y CC. de la mencionada Ley, tachando de nula o inexistente la actividad cumplida por la empresa en observancia de ese plexo normativo.

En el caso CODECI, el STJ resolvió:

“1*) HACER LUGAR parcialmente a la acción de “amparo colectivo” interpuesta por el CODECI. en carácter de autoridad de aplicación de la Ley N° 2887 a fs. 100/121, a la que adhirieron las Comunidades “PEÑI MAPU” de LIPETREN CHICO (Personería Jurídica por Resolución N° 546/2002 de la D.G.P.J.) y “NEGPUN KURRHA” de MAMUEL CHOIQUE a fs. 122 (Personería jurídica por Resolución N° 545/2002 de la D.G.P.J.); la Comunidad Mapuche “ANEKON GRANDE” de CLEMENTE ONELLI a fs.123; la Comunidad Mapuche Urbana “MONGELL MAMUEL” de VIEDMA a fs.124; y la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE PUEBLOS INDIGENAS EN ARGENTINA a fs. 125.

2*) ORDENAR la cumplimentación en el plazo de sesenta días de las siguientes obligaciones constitucionales y legales:

a) A cargo de la DIRECCION GENERAL DE MINERIA, el CODEMA., la DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION, el DPA. y los demás organismos de la Administración que resulten competentes en la aprobación de las diversas etapas y sus correspondientes trámites del denominado “PROYECTO CALCATREU”: de observar el pleno respeto y la aplicación de las normas en vigencia en cuanto a la pluralidad étnica; respeto al patrimonio social y cultural; preservación de los recursos naturales y el medio ambiente; **información, consulta y participación de las Comunidades originarias del área comprendida y sus aledaños** (“PEÑI MAPU” de LIPETREN CHICO, “NPUG CURRA” de MAMUEL CHOIQUE y “PUTREN TULLI” de LIPETREN GRANDE), en particular la RESERVA LIPETREN conforme el Decreto P.E.N. N° 82.506/41 y la Ley N° 694 u otras tierras aptas vecinas, a cuyos efectos la gestión se canalizará a través del CODECI. según lo determine el Poder Ejecutivo. -

b) A cargo de la DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION en coordinación con el CODECI.: de iniciar las siguientes tareas conforme al inc. 17) del art. 75 de la C.N., las Leyes Nacional N° 23302, Provinciales N° 2287 y N° 2553 y el Decreto N° 310/98: a) identificación a los actuales pobladores de la RESERVA LIPETREN; b) determinación periférica, mensura y deslindes de la superficie de la Ley N° 694 y las tierras aptas aledañas que se requieran para la ampliación en función de las

todo el medio ambiente del lugar, lo que no sólo sucede en la etapa de exploración, sino también en la de exploración, aspectos a que no alude la declaración jurada de la empresa, siendo necesario en ella un riguroso control del tratamiento de residuos, ya que el agua utilizada debe ser aislada en piletas acordes, a fin de que finalizada su utilización sea llevadas a un lugar para ser debidamente tratada y recién después ser devuelta a la naturaleza, sobre la cual no informó adecuadamente la Dirección de Minería, quien no ejerce el poder de policía, ni tiene estadísticas al respecto, con desconocimiento en sus procedimientos de la existencia de la población indígena en el lugar y de los arts. 33, 42, 70, 79, 80 y cc. del Código de Minería,

necesidades de las Comunidades reconocidas que allí pueblan; c) **establecer y proyectar la situación dominial y los criterios de ejecución** ya sean colectivos o individuales **según** resulte de la **amplia y adecuada información, consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en el presente decisorio**".

El STJ consideró que "no son circunstancias racional y objetivamente correctas que los organismos de la Administración, la misma que reglamentó al CODECI, y les formalizó la personería jurídica de las Resoluciones N° 545/2002, N° 546/2002 y N° 547/2002, hayan dejado de dar intervención o consultar a la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 2887 en cuanto a las etapas pasadas, actuales o las futuras del "PROYECTO CALCATREU" o lo que de éste deriva, -entre otros- el estado de indeterminación e incumplimiento de la Ley N° 694.

"G) La Administración no ha llevado adelante las "acciones positivas" del inc. 23 del art. 75 de la C.N. respecto de los pobladores de la RESERVA LIPETREN, en función de las disposiciones de la Ley N° 694 y la conexidad con el "PROYECTO LIPETREN. H) También para "el caso" en particular, opera el art. 58 de la Ley N° 2287 que determina explícitamente que "...En caso de duda sobre la interpretación, aplicación o alcance de esta ley, los encargados de aplicarla, decidirán en el sentido más favorable al indígena....J) "El caso" por cierto conjuga los derechos de las comunidades originarias, con los de los recursos naturales, el medio ambiente y la preservación de la biodiversidad.- No se trata de una cuestión menor, sino se superlativa trascendencia institucional que hace a la existencia misma de una sociedad y un Estado plural, democrático e igualitario, inserto en el contexto internacional de las naciones en que tienen plena vigencia los derechos humanos. K) Sin perjuicio de la similar importancia de otros, el "principio de precaución" (o "principio precautorio") de la Ley Nacional N° 26675 motiva la procedencia en forma parcial del "amparo colectivo"; **la óptica sectorial y omisiva de la DIRECCION GENERAL DE MINERIA y del CODEMA.; la desatención o distracción de la DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION; y el proceder administrativo y técnico riguroso y prudente del DPA.**, llevan a ponderar objetivamente que existen los extremos del "riesgo presunto" o "daño temido" si se avanza en el "PROYECTO CALCATREU" sin observar **las disposiciones de carácter constitucional y legal, o del derecho supranacional, consagradas a favor de las Comunidades Originarias, sus recursos naturales y el medio ambiente del lugar, que deben ser informadas, consultadas, tener participación en la gestión de esos recursos y respetadas en el patrimonio étnico, social y cultural.**- Los organismos de la Administración que hasta ahora actuaron en el "PROYECTO CALCATREU" debieron ser más cuidadosos al respecto, dando intervención al CODECI. para que orgánicamente en el doble rol oficio de autoridad de aplicación de las Leyes N° 2287 y N° 2553 en tal "caso", principalmente en la representación de los derechos colectivos e intereses difusos de los pobladores de la zona presuntamente afectada o comprometida". (del voto del Dr. Lutz)

4. El caso del traslado del aeropuerto a la ocupación tradicional de la Comunidad Mapuche Las Huaytekas

En el año 2005 el magnate británico Joe Lewis, con el apoyo de Oscar Romera (UCR), entonces intendente de El Bolsón impulsó el traslado del aeródromo ubicado en esta localidad de la Provincia de Río Negro a la Pampa de Ludden. Frente a la resistencia popular, dicho intento no prosperó. Lewis volvería a la carga para lo cual desarrolló una red de aliados políticos, realizó significativas donaciones (ej. Una ambulancia para el hospital; computadoras para escuelas) tejiendo redes de apoyo con

acciones públicas de beneficencia como eventos deportivos en su mansión para niños y jóvenes de la zona, sumando así apoyos de sectores de ciertos sectores de la sociedad de la Comarca Andina del Paralelo 42.

Así llegó la Resolución 038/09 del 6 de marzo de 2009 del Intendente de El Bolsón Oscar Romera por la que convocó a elecciones de concejales municipales y el 17 de marzo de 2009 el Intendente remitió al Concejo Deliberante un proyecto de ordenanza para convocar a la población de El Bolsón a un plebiscito vinculante sobre el traslado del actual emplazamiento del aeropuerto local a realizarse en forma simultánea a las elecciones de autoridades municipales¹¹, votándose “SI” o “NO” al traslado del aeropuerto.

Entre los motivos, planteaba que la ubicación actual del aeródromo representa serios riesgos para la población de El Bolsón, así como la necesidad de otorgar lotes sociales para familias locales. Al confirmarse que la propuesta implicaba trasladar el aeródromo a la zona de la “recta” de Palma, una de las Lof que componen la Comunidad Mapuche Las Huaytekas, cuyo territorio tradicional está en los parajes El Foyel y los Repollos (aprox. 70 km de S.C. de Bariloche y a 40 km de El Bolsón), afectando el Territorio que tradicionalmente ocupa la Comunidad Mapuche “Las Huaytekas”, la Comunidad realizó reclamos al Intendente, al Concejo Deliberante, a la Dirección de Tierras, al Co.De.C.I. y a la Fuerza Aérea –Ministerio de Defensa- sin que ninguno de ellos haya sido respondido.

A mediados de mayo el Grupo de periodistas “Telémaco” invitó a la Comunidad a participar de un debate llamado “Qué Bolsón queremos” realizado en la Casa de la Cultura de la Municipalidad el 27 de mayo de 2009 donde se trataría la propuesta del Intendente Municipal de El Bolsón de trasladar el aeródromo municipal a El Foyel o a la zona conocida como “Pampa de Luden”.

Mientras tanto, el Concejo Deliberante de El Bolsón aprobó la Ordenanza 013/09 que, modificó el proyecto del ejecutivo antes citado y convocó a una consulta, pero con carácter *no vinculante* en los términos de la ordenanza Nro. 153/08 que reglamenta el art. 51 de la Carta Orgánica Municipal. Hubo una discusión procedimental que decidió realizarla el mismo día, pero en dos cuartos oscuros separados para sufragar por la consulta no vinculante, aprobada por ordenanza 031/09 del 27 de mayo de 2009 (Anexo “I”). Ese mismo día, tras aprobarla, los concejales fueron llegando al debate público en la Casa de la Cultura.

En el debate, Mirta Ñancunao, en su carácter de Werkén de la Comunidad Mapuche “Las Huaytekas” dijo, a la población que oía y veía el debate público por los medios masivos que lo transmitían por radio y TV en directo, *inter allia*, que había pedido información al Estado y que no le habían respondido. Sostuvo también que no se había consultado a la Comunidad ni al Pueblo Mapuche. Que avanzar con un proyecto negando la ocupación y los derechos, sin siquiera consultar previa e informadamente a la Comunidad lo sentía como un GENOCIDIO.

A su lado, el Intendente Oscar Romera, autor del proyecto de traslado, reconocía no haberle brindado la información ni, obviamente, formulado la consulta previa a la Comunidad. Sin embargo, reconoció la ocupación ancestral de la Comunidad en el lugar, aunque dijo que no era “legal”.

En el debate quedó expuesto que *la información divulgada por los medios de comunicación por el Intendente hasta ese momento, tan sólo 10 días antes del plebiscito, –que él pretendía inicialmente fuera vinculante- era prácticamente inexistente, falsa, presentada de forma engañosa a la población.*¹²

¹¹ Fijada para el día 7-6-2009

¹² <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-128597-2009-07-21.html>

Preguntado por un periodista al Intendente Oscar Romera por qué se violó el derecho de acceso a la información de la Comunidad Mapuche “Las Huaytekas”, Romera contestó que: “...no se hizo en ningún lugar que pertenezca, por lo menos legalmente, ancestralmente puede ser, pero legalmente no, a la Comunidad Mapuche”.

Habiendo quedado expuesta en forma manifiesta la desinformación existente y la falta de consulta al Pueblo Mapuche, dos días más tarde, los concejales volvieron a reunirse y considerando *“que la comunidad demanda elementos concretos sobre los que determinar una decisión, los que no han sido ofrecidos en tiempo y forma por el Poder Ejecutivo Municipal, que es quien motoriza el proyecto; que no existe ninguna urgencia para realizar la consulta sin los correspondientes elementos de análisis; que es aventurado y riesgoso para la comunidad y para los intereses municipales convocar a la ciudadanía a tomar una determinación que puede ser inviable en base a las incertidumbres que genera la ausencia de proyecto real; que corresponde al Municipio primero avanzar sobre los elementos faltantes del proyecto, como por ejemplo: titularidad de la tierra, ...que no se ha efectuado la correspondiente consulta previa a los Pueblos originarios que reclaman la tierra afectada al eventual traslado y que es obligación impuesta por Convenios Internacionales y por la Carta Orgánica Municipal en su preámbulo. Por Ordenanza Nro. 31/09 convoca a una consulta o plebiscito no vinculante y por la Ordenanza Nro. 32/09 deroga ordenanza 13/09. Así el plebiscito del día 7 de Junio de 2009 sería no vinculante (cfr. ordenanza 032/09)¹³. Al día siguiente, los técnicos “del Intendente” difundían el proyecto enviado desde la legislatura de Viedma, confirmando que proyectaban construir el “nuevo aeropuerto de El Bolsón en las tierras designadas catastralmente como Departamento 20, Circunscripción 1, Sección IX, Lote 82, con una superficie aproximada de 452 Ha. cuyas coordenadas se superponían con las tierras de ocupación tradicional de la Comunidad Las Huaytekas.*

Tras presentar pedidos de informes no respondidos, con el patrocinio del GAJAT la Comunidad interpuso una acción de amparo contra la Municipalidad de El Bolsón (MEB). La Comunidad afirmó violentados en forma clara y manifiesta sus derechos a la consulta y participación del Pueblo Mapuche establecidos en los arts. 16, 75 inc. 17 CN, 15 del Convenio 169 de la OIT, 2, 4, 6, 15 del Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante “UNDRIP”, su sigla en inglés). Arts. 5, 15, 19,

Art. 5 UNDRIP:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, **manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado**”.

Art. 15 UNDRIP:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones, que deberán quedar debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad”.

El Art. 18 de la D.U.S.D.P.I. dispone que:

¹³ <http://www1.rionegro.com.ar/diario/2009/05/30/1243652303299.php>

“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”.

Art. 19 UNDRIP:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten”.

Art. 23 UNDRIP:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen **derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas** de salud, vivienda y demás programas **económicos** y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

Art. 27 UNDRIP:

“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y **sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.**

Art. 32 UNDRIP:

“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 sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

Art. 38 UNDRIP:

“Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”.

En el amparo, la Comunidad hizo notar cómo en el foro público el Intendente de El Bolsón, reconoció públicamente el hecho de la ocupación tradicional de la Comunidad Mapuche “Las Huaytekas” sobre la parte del Territorio comunitario que se pretende afectar para construir el aeródromo pero desconoció su “legalidad” por carecer de un título o reconocimiento escrito de la municipalidad y/o de la provincia que lo acredite, pretendiendo justificar por ello la negativa a dar a la Comunidad participación en este proceso de desarrollo económico con incuestionable impacto en intereses y derechos para la Comunidad.

En la acción de amparo la Comunidad señaló además que no justificaba la ignorancia del intendente así como tampoco su omisión de dar participación y consultar al Consejo Asesor Indígena (CAI) ni al Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CODECI).

El CAI fue reconocido por el art. 6 de la “Ley Integral del Indígena de la Provincia de Río Negro”, N° 2287, “Reconócese la existencia del Consejo Asesor Indígena, ...el que actuará en forma conjunta con el Gobierno Provincial, para bregar por la aplicación de la presente ley, sin perjuicio de la autonomía que le corresponde como auténtico órgano representativo de la población indígena rionegrina, debiendo asegurar la libre participación de la misma”.

Es decir, el CAI no sólo es reconocido como un auténtico órgano representativo indígena, sino que es garante de su libre participación. El CODECI fue creado como Autoridad de Aplicación de la ley 2287 para “a) Formular y aplicar políticas, planes y programas ...que tiendan al desarrollo integral de las comunidades indígenas, promoviendo la activa participación de sus miembros” y articular con los Municipios (art. 9 inc. A y d). -

La Comunidad imputó a la Municipalidad no haberles dado intervención ni al Consejo Asesor Indígena (C.A.I.) ni al Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (Co.De.C.I.).

La Comunidad sostuvo que así el estado incurre en “**Discriminación racial por ausencia de participación**”, tipo de discriminación que ha sido considerado en el Decreto 1086/2005: “*Si bien en la normativa está claramente especificada la obligación por parte del Estado de dar participación a los pueblos indígenas en la gestión de sus recursos naturales y en todos aquellos asuntos que les competen, ésta no siempre se aplica*” (Pág. 74 de la edición oficial ya citada) (el subrayado nos pertenece).

Con la ausencia de consulta a la Comunidad Mapuche “Las Huaytekas”, también el Estado comete “**Discriminación racial por denegación de autonomía**”. La Recomendación XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhorta a los Estados a que “*Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado*”.

Antes nos hemos referido detalladamente a que el consentimiento informado exige un procedimiento previo de consulta a través de instituciones representativas. No basta con entregar información ni con “ponerla a disposición”, cosa que ni siquiera cumplió el estado de El Bolsón. El estado debe impulsar un procedimiento previo, de buena fe, cooperando con los destinatarios de la consulta, acorde a sus circunstancias (arts. 6 del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de NNUU) para que éstos puedan no solo acceder, sino además comprender la información.

La Comunidad expresó que para que la consulta sea acorde a las circunstancias, el estado debe relevar la composición social de las familias de la Comunidad. Algunas que además de no saben leer o escribir el castellano, “...otras carecen de la instrucción básica y la mayoría carece de conocimientos técnicos, jurídicos y económicos, requiriendo de tiempo y recursos que el estado está obligado a brindar pues de lo contrario no hay cooperación, ni buena fe, ni posibilidad de dar un consentimiento por no ser éste libre sino viciado por la carencia de sus elementos constitutivos – conocimiento, intención y libertad-. Nadie puede querer lo que ignora ni mucho menos decidir libremente respecto de ello”. El Comité ha recomendado “que la Declaración sirva de guía para interpretar las obligaciones contraídas por el Estado parte en virtud del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”. Informe 2008, N° 500. En sus arts. 3

y 4, como fundamento del resto de su texto, la Declaración reconoce expresamente el derecho a la autonomía de los Pueblos Indígenas dentro de los Estados, lo que por otra parte resulta implícito tanto del reconocimiento constitucional de la “preexistencia” como del conjunto de las disposiciones del Convenio 169 de la O.I.T. que regulan como deberían ser las relaciones de los Pueblos Indígenas con los Estados en los que conviven. No obstante, como coronación de la ideología racista que anima la política oficial en El Bolsón el Sr. Intendente dice descaradamente que lo único que interesa es lo que vote la población “SI” o “NO” al traslado de aeródromo y a la construcción de un nuevo aeropuerto. Este pronunciamiento es el párrafo en donde resalta con mayor claridad la decisión de desconocer las normas aplicables luego de subordinar la Constitución y los tratados internacionales a la insólita decisión municipal de plebiscitar el traslado del emplazamiento actual del aeródromo de El Bolsón sin informar ni consultar previamente a los Pueblos Indígenas que ocupan tradicionalmente el lugar donde el proyecto oficial –escondido hasta días antes del plebiscito- propone emplazarlo.

Los discursos para evadir la consulta: La inexistencia y la falta de reconocimiento “legal”

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano de interpretación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, ha determinado reiteradamente *“que el principio de no discriminación le exige (al Estado) tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos. El Comité insta encarecidamente al Estado Parte a que respete y proteja la existencia y la identidad cultural de todos los grupos étnicos que viven en su territorio”* (Informe 2007, N° 328. También en Informe 2006 N° 58). Observa también que *“el objetivo del Estado Parte de forjar una nación en base al principio de la igualdad de todos se haya llevado a efecto en detrimento de la protección de la diversidad étnica y cultural. El Comité nota en particular la renuencia del Estado Parte a admitir la existencia de una población indígena en su territorio”* (Informe 2006, N° 58).

En forma cautelar, solicitamos se disponga la suspensión de la convocatoria a un plebiscito o consulta, en particular a una consulta no vinculante, conforme art. 51 de la Carta Orgánica Municipal, efectuado mediante ordenanza 013/09 para el día domingo 7 de junio de 2009 sobre sí o no el traslado al aeropuerto y disponga que la Municipalidad deberá abstenerse de convocar a otra nueva hasta acreditar haber cumplido con la consulta previa e informado que garantice la participación libre y el consentimiento previo libre e informado de la Comunidad y del Pueblo Mapuche.

El plebiscito sin consulta previa se realizó¹⁴.

El Tribunal sostuvo que “Resultando público y notorio que la consulta popular determinada por ordenanza de la Municipalidad de El Bolsón, puesta en crisis en autos, fue realizada y desestimó la cuestión de la convocatoria relacionada con las tierras del aeropuerto de dicha localidad, cabe tener por abstracto el objeto de autos, dando por finalizado el trámite disponiéndose su archivo”.

Así, la acción¹⁵ se declaró abstracta sin considerar el Tribunal que, precisamente, tanto el llamado a consulta popular de la Municipalidad de El Bolsón para el día

¹⁴ <http://bloglemu.blogspot.com.ar/2009/06/el-bolson-le-dijo-no-al-traslado-del.html>

¹⁵ “COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS C/MUNICIPALIDAD DE EL BOLSON S/AMPARO” Expte. N° 00338-038-09, CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA de la IIIa. Circunscripción Judicial (Dres. Edgardo J. Camperi, Luis M. Escardó y Horacio Carlos Osorio) Sentencia del 25/08/2009.

domingo 7 de junio de 2009, como su concreción en ese día, constituían la violación consumada al derecho de consulta previa libre e informada.

5. El country inconsulto en el territorio de la Comunidad las Huaytekas

En nuestro anterior Dossier, nos referimos al caso de la demanda colectiva de la Comunidad Mapuche Las Huaytekas¹⁶.

Tras agotar la vía administrativa, la Comunidad "...La DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA E INSANABLE de la resolución Nro. 395/2011 del CODEMA por violentar el derecho de consulta y participación previa del art. 6 del Convenio 169 de la OIT, así como lo establecido por la ley 3266 y se ordene la inmediata suspensión de las obras y afectaciones del territorio afectado, así como su reparación integral". En la demanda sostuvo que "*...en el año 2009, durante la gestión del gobernador Miguel Saiz, sin consulta ni participación de la Comunidad, incumpliendo el procedimiento provincial de impacto ambiental y sin planos aprobados por el Municipio de El Bolsón -lo que es atribuible al entonces intendente Oscar Romera- se autorizó a subdividir el predio en 60 parcelas para un proyecto de Walter Forestier, gerenciado por Daniel Kritz, que incluye la construcción del Consorcio Parcelario Solares de La Comarca, un "country" con canchas deportivas al pie del espacio ceremonial de Las Huaytekas*"

Este caso paradigmático se asentaba en el entorno del Cipresal de las Guaytekas, donde se ubica el rewe (Espacio espiritual y ceremonial) de la Comunidad. El Informe histórico antropológico de la Carpeta Técnica del art. 3 ley 26.160 reflejó incluso el reclamo realizado por la Comunidad ante la Legislatura de la Provincia por la falta de consulta y participación previa para la creación de las zonas de conservación próximas al Cordón Serrucho. El Area Natural protegida había sido en el año 2005 por la ley 4047 de la Provincia de Río Negro sin consulta ni participación.

La Cámara Civil de Bariloche decretó "...medida de no innovar en trámites y obras de los proyectos en ejecución, ordenando la paralización total de las obras del Consorcio Parcelario Solares de la Comarca. Y ".....Suspender el trámite e implementación de todos los planes de Manejo de la Ley de Presupuesto Mínimo de Bosques Nativos que involucren tanto a privados como a ocupantes fiscales ajenos a la comunidad"¹⁷.

El Tribunal hizo lugar al pedido de suspensión cautelar del Plan de Manejo y de las obras basándose en el derecho verosímil de la Comunidad del art. 75 inc. 17 CN, apoyado en la Carpeta Técnica de la ley 26.160, en testimonios, documentos y en una minuciosa inspección judicial. No hay dudas de que la sentencia precedente muy importante basado en derecho indígena.

En lo que nos convoca, la sentencia no aplicó como motivo fundante y dirimente la falta de participación, consulta y consentimiento previos a crear el Plan de Manejo o previo a conceder las tierras del territorio Mapuche, sus recursos y autorizar las obras en zonas aledañas al espacio ceremonial de la Comunidad a favor de terceros que venían realizando como si nada el Plan de Manejo del Area Natural Protegida –ANP- Cipresal de las Guaytekas.

¹⁶ KOSOVSKY, Fernando, *Hacia de la propiedad comunitaria indígena en Río Negro*. En KOSOVSKY, F. (comp).. *DOSSIER DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA*, EDUPA. 2015 P. 211 y ss.

¹⁷ COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS S/ MEDIDA CAUTELAR", expte. nro.00503-059-13, (reg.cám), S.I. 17-12-2013 (EDGARDO J. CAMPERI, RUBEN O. MARIGO, JUAN A. LAGOMARSINO)

El 18 de junio de 2015, el Tribunal confirmó la sentencia¹⁸ cautelar.

Si bien tampoco hubo referencia explícita al derecho de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado, se destacan en párrafos que cito a continuación ideas que rozan algunos de los aspectos constitutivos y procedimentales de esos derechos:

“...una detallada inspección de las tierras objeto de cuestionamiento, adentrándose en el conocimiento "in situ" de las *particularidades y singularidades de quienes reclamaban* el dictado de las cautelares, contando, asimismo, con *testimonios de especialistas* que, aportando sus conocimientos, "*aconsejaban*" el temperamento que en definitiva se hubo adoptado.- ...toda la problemática que envuelve este litigio no puede escapar al ojo de un observador atento, desde que **no nos encontramos en presencia de un pleito "tradicional"** Aquí *se encuentran en juego intereses singulares* que deben necesariamente ser enfocados de manera especial y no con los parámetros propios de una medida cautelar decretada en un *v.gr.* en un asunto civil o comercial cualquiera.- Es evidente que aquí los intereses en juego *trascienden lo meramente económico para ingresar en una esfera especial*”.- (Voto del Dr. Camperi)

“II.- ...resulta verosímil que la eventual explotación de los recursos naturales y/o su alteración podría tornar ilusorios los derechos cautelados.- ...no debe olvidarse que **la causa no puede ser analizada sólo desde el prisma de las normas o principios propios del derecho civil y/o administrativo, por encontrarse vinculados derechos que han sido reconocidos por normas de índole supranacional, constitucionales, nacionales y provinciales**, que han sido reiteradamente citadas en esta causa (por lo cual no he de explayarme nuevamente -ver fs. 581/587 y 552/559-).”- (voto del Dr. Serra)

Lenta y progresivamente, los tribunales van receptando el derecho indígena y puede identificarse en la sentencia 1) que no se trata de un derecho común; 2) que los intereses en juego son “singulares” y exceden lo meramente económico; 3) que la eventual afectación de los recursos naturales podría tornar ilusorios los derechos **reconocidos por normas de índole supranacional, constitucionales, nacionales y provinciales**.

Los adjetivos del caso “singular”, “especial”, “no común” para un caso de afectación al territorio indígena es, precisamente, la razón por la cual se debe realizar una consulta previa libre e informada.

Y procesalmente, se trata de una defensa esencial, toda vez que basta al juez con verificar su omisión para imponer la tutela del derecho. El peligro en la demora no es un requisito, puesto que se trata de una participación necesaria, esencial e indispensable para la validez jurídica, licitud y legitimidad del acto, permiso, actividad u obra.

Para el juez no hace falta precisa otra prueba más que la verosímil ocupación tradicional de la Comunidad en el lugar de la eventual afectación. Verificada y denunciada la omisión de consulta por la eventual afectación, procede automáticamente la medida del art. 4 del Convenio 169 de la OIT, para proteger bienes y personas indígenas.

Por último, la medida se ha morigerado, permitiéndose a terceros el aprovechamiento forestal a terceros ajenos a la comunidad por cuestiones humanitarias en un caso y por cuestiones comerciales en otro, borrando con el codo lo escrito con la

¹⁸ COMUNIDAD MAPUCHE LAS HUAYTEKAS S/ MEDIDA CAUTELAR", expte. nro.00503-059-13, (reg.cám), S.I. 18-06-2015 (EDGARDO J. CAMPERI, JORGE SERRA. CARLOS M. CUELLAR - en disid.-)

mano. Este permiso se ha otorgado sin garantizar la participación ni la consulta previa a la comunidad, impidiendo así un control efectivo, útil y oportuno del territorio comunitario.

6. Conclusión

El derecho a la consulta previa libre e informada es un derecho político de los pueblos indígenas que opera como garantía procesal específica para tutelar potenciales afectaciones a otros derechos.

El caso “CODECI” fijó un piso y mostró un camino a seguir en la implementación del derecho a la consulta previa libre e informada. Sin embargo, este ejemplo no ha sido continuado y sostenido en tribunales que lo han receptado en modo ambivalente.

Por un lado, lo han ignorado (caso traslado del aeropuerto) o han recogido algunos de sus reconociendo que se trata de planteos con carácter especial y no común del planteo en razón de la identidad del sujeto indígena; su contracara es que no han resuelto con la claridad y con los efectos procesales que corresponde a la omisión estatal de dar participación y consultar en forma previa cuando hay posibilidad de afectar un derecho de un pueblo indígena.

Resulta evidente así que el estudio, difusión y trabajo sobre el derecho a la participación y el derecho a la consulta libre, previa e informado siguen siendo aspectos que exhiben la necesidad de fortalecer su difusión, enseñanza y capacitación sobre las dimensiones teóricas, prácticas y los efectos procesales que tiene este derecho.