



COMUNIDADES INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS CON ESPECIAL REFERENCIA A ARGENTINA

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono¹
Claudia Susana Marconi²

Resumen: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha construido una notable y progresiva protección alrededor de la propiedad colectiva en relación con los recursos y de la cultura en relación a la cosmovisión propia de los pueblos originarios. En ella los mecanismos de diálogo como es concretamente la consulta previa son herramientas procedimentales fundamentales en la tarea de prevención y distensión de posibles conflictos, como se puede observar en el caso de vaca muerta en Argentina.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Coruña, España. Ex académico visitante de la Universidad de Oxford, Inglaterra (2024). Profesor en universidades iberoamericanas de Derecho Administrativo. Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

² Magíster en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral, doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales, ciclo “El Derecho y las Nuevas Tecnologías”, Universidad de Mendoza, Argentina. Co-Directora de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

Palabras claves: propiedad colectiva. Recursos naturales. Mecanismos de diálogo. Vaca Muerta.

Resumo: O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) construiu uma proteção notável e progressiva em torno da propriedade coletiva em relação aos recursos e da cultura em relação à cosmovisão própria dos povos originários. Nela, os mecanismos de diálogo, como é concretamente a consulta prévia, são ferramentas procedimentais fundamentais na tarefa de prevenção e distensão de possíveis conflitos, como se pode observar no caso de Vaca Muerta na Argentina.

Palavras-chave: propriedade coletiva. Recursos naturais. Mecanismos de diálogo. Vaca Muerta.

Abstract: The Inter-American Human Rights System (SIDH) has built a notable and progressive protection around collective property in relation to resources and culture in relation to the worldview of indigenous peoples. Within this framework, dialogue mechanisms, such as prior consultation, are fundamental procedural tools in the task of preventing and easing potential conflicts, as can be seen in the Vaca Muerta case in Argentina.

Keywords: collective property. Natural resources. Dialogue mechanisms. Vaca Muerta.

PREEXISTENCIA ÉTNICA Y CULTURAL: EL CASO DE ARGENTINA

El reconocimiento constitucional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos se corresponde a los estándares que surgen del Sistema Universal (SU) e Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que han garantizado la igualdad y la dignidad no solo mediante el reconocimiento y la protección de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos³.

³ Argentina es un país federal, donde las facultades en la materia son concurrentes entre el gobierno federal y las provincias.

Paulatinamente los pueblos indígenas fueron generando su reconocimiento a nivel internacional, accediendo a procesos jurídicos y normativos relativos a derechos humanos y participaron de ellos.

El primer convenio internacional sobre la materia fue el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, del año 1957, ratificado por Argentina el 18 de enero de 1960, el que no se encuentra en vigor, conforme la denuncia automática del 3 de julio de 2000, fecha en que fue depositado por Argentina el Convenio 169 sobre la misma materia.

El mencionado Convenio fue importante, sin embargo, fue superado por el Convenio 169 de la OIT, del año 1989, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991 y para Argentina a partir del 3 de julio de 2001.

El Convenio 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio⁴.

Se complementa ello con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵, que es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y de las políticas internacionales. Orienta a los Estados y a los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos⁶.

⁴ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, publicado con el apoyo de European Commission, p.8.

⁵ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (Australia, Canadá, EE.UU. y Nueva Zelanda).

⁶ Los Pueblos Indígenas y el Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas”, Folleto informativo N°9, Revista 2; Naciones Unidas Nueva York y Ginebra (2013).

Reportando al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, existe una Relatoría Especial sobre Pueblos Indígenas que va fijando estándares a cumplir por los Estados.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional en Argentina, protege el derecho a la libre determinación (art. 1) y los derechos de las personas pertenecientes a minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma (art. 27). Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también constitucionalizado, incluye en su artículo 1 el derecho a la libre determinación. También aplica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷.

Desde el SIDH⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no reconoce expresamente el derecho a la diversidad cultural; sin embargo, el tema siempre estuvo en la agenda de la política internacional de los Estados Americanos miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA, 1988;2017).

Para los dos órganos más importantes del SIDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la protección y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas es un asunto de especial importancia.

En el año 1989 la Asamblea General de la OEA encargó a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la preparación de un Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos

⁷ Los mencionados tratados tienen jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de Argentina, reformada en el año 1994. Deberán considerarse los estándares que desempacan de los mismos el Comité respectivo de Derechos Humanos y la Relatoría Especial sobre Pueblos Indígenas.

⁸ Recordemos que Argentina forma parte de sus cuatro subsistemas (Declaración Americana de los Derechos del Hombre, CADH, se sometió a la jurisdicción de la Corte IDH y ratificó el Protocolo de San Salvador). Resulta de aplicación en las provincias conforme una exégesis de los artículos 1, 2 y 28 de la CADH.

Indígenas. Se dio participación a la CIDH, al Comité Jurídico Interamericano y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con el propósito de que fuera promulgada en el año 1992. La Declaración Americana de los Pueblos Indígenas recién fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio del año 2016, en Santo Domingo, República Dominicana⁹.

En el año 1990 la CIDH creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (CIDH, s.f.). Se pueden consultar estándares en sus informes especiales y a través del sistema casos, en informes de admisibilidad, informes de fondo, informes de solución amistosa, el mecanismo de medidas cautelares, como también a través de demandas y solicitudes de medidas provisionales interpuestas ante la Corte IDH.

Por su parte, la Corte IDH hizo lo propio a través de sus sentencias y opiniones consultivas.

Sobre el derecho a la identidad cultural, merece destacarse el voto del juez Abreu Burelli en el “Caso de la Comunidad Yakye Axa”. El Magistrado explicó que está en permanente construcción, y que si bien no se encuentra reconocido expresamente en la CADH, se encuentra protegido a partir de una interpretación evolutiva de los derechos consagrados en sus artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24, lo que dependerá del caso concreto¹⁰.

Posteriormente, en el “Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku”, la Corte IDH consideró que se trata de un derecho “fundamental y de naturaleza colectiva” que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, y puntualizó que bajo el principio de no discriminación establecido en el art. 1.1 de la CADH su reconocimiento “es ingrediente y vía de interpretación transversal

⁹ Ídem.

¹⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, voto parcialmente disidente del Juez A. Abreu Burelli, párrafo 19/36, año 2005.

para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el art. 29 b) de la misma también por los ordenamientos jurídicos internos”¹¹.

En el caso “Chitay Nech y otros”, afirmó que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad, o bien de sus integrantes, los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de estos pueblos, por lo que es necesario que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para revertir los efectos de dicha situación¹².

La preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas fue reconocida por la Constitución Argentina del año 1994. La Convención Constituyente reunida en Santa Fe, el 11 de agosto de 1994, aprobó el artículo 75 inciso 17.

El reconocimiento del carácter operativo que revisten las normas constitucionales argentinas en su contenido esencial ha permitido que aun con falta de una legislación que las reglamente, se produjeran desarrollos significativos en las políticas públicas domésticas.

¹¹ Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones, párrafos 212/220, año 2012.

¹² Corte IDH Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 135/171, año 2010.

LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOS RECURSOS NATURALES

En tal contexto es que los pueblos indígenas y sus derechos poseen una especial protección tanto en el SUDH como en el SIDH¹³ y en el ámbito interno de Argentina. Incluso en el marco del sistema regional, la Corte IDH, intérprete última del PSJCR, los considera legitimados a los fines de la tutela transnacional junto a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones¹⁴ más allá de las personas físicas.

Los pueblos y las comunidades indígenas detentan una relación especial con la tierra y los recursos naturales. La importancia de esta relación la marca el Convenio 169 de la OIT en especial en sus artículos 13 y 14, que llama a los Estados a respetar dicha relación, agregando, además, que el territorio también comprende “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Por su parte el artículo 25 de la Declaración de Naciones Unidas, garantiza el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones indígenas destaca que tienen como característica: “un vínculo fuerte con el territorio y los recursos naturales circundantes”¹⁵.

¹³ Conforme Corte IDH, caso “Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala”, 6.10.2021.

¹⁴ Corte IDH OC 22/16, 26.02.26.

¹⁵ Los Pueblos Indígenas y el Sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, Folleto informativo N°9, Revista 2; Naciones Unidas Nueva York y Ginebra (2013).

Lo mismo ocurre con la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo XXV menciona los derechos relacionados al territorio.

Esto abre, como es lógico imaginar, no tan sólo la invocación en cada Estado del deber de consistencia entre el derecho interno y el derecho de los derechos humanos sino también la protección transnacional, por ante los Comités de Derechos Humanos en el SU, y la Comisión y la Corte IDH en el SIDH, de los derechos de las comunidades indígenas.

Ello se ha visto acompañado por una notable y progresiva construcción, especialmente en el SIDH, de estándares protectorios alrededor de la propiedad colectiva, el acceso a la tierra, los procedimientos de delimitación, demarcación y titulación de las tierras, la protección de los bienes naturales y de su propia cultura en relación a la cosmovisión propia de estos los pueblos.

La intervención en la “zona” de los derechos de los pueblos originarios se encuentra condicionada proceduralmente al menos en aquello que a las explotaciones de actividades extractivas refiere según así lo entendemos: 1. el estudio de impacto ambiental, y 2. la consulta previa, libre e informada.

De esta manera la protección en el plano de la construcción de la decisión, la adaptación de esta y su ejecución pareciera gozar de un alto nivel en los aspectos procedimentales administrativos. Conectado ello a la protección ya sustancial de determinados derechos expresa o implícitamente (vía interpretativa) contenidos en la CADH.

Lo cierto es que, para la Corte IDH, el artículo 21 protege la estrecha relación que existe en la vinculación de las comunidades con sus tierras, sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprenden de la misma. Dicha protección convencional alcanza a la conexión existente entre territorio y recursos naturales que hacen a la

supervivencia física y cultural, y a la propia continuidad y desarrollo de la cosmovisión de las comunidades.

La debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto de las comunidades indígenas como sujetos vulnerables proyecta también efectos frente a terceros. Y no tan solo respecto del Estado, si bien recae sobre éste la obligación de regular el desarrollo de las actividades privadas que afecten derechos protegidos. Regulación que para ser válida debe contener aquellos estándares fijados por la propia Corte IDH en materia de restricciones.

TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CADH

El territorio se encuentra protegido por el artículo 21 de la CADH, pero con los alcances que la propia Corte IDH¹⁶ le ha dado en su jurisprudencia:

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal...”.

Es interpretación de la Corte IDH que el artículo 21 de la CADH comprende derechos con relación a la propiedad comunitaria.

¹⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. 31.02. 2001.

En el mismo caso, la Corte IDH¹⁷ formalizó precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas:

“...Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Es estándar interamericano que la relación de la tierra con las comunidades indígenas no es sólo una cuestión de posesión y producción, sino que lo integran lo material y espiritual como derecho que debe garantizarse.

Por otra parte, la posesión es tratada como requisito para exigir el reconocimiento de sus tierras más no para recuperar las tierras involuntariamente perdidas, según así lo ha sostenido la Corte IDH¹⁸:

“De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 29.03.2006.

mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas...”

El Tribunal Interamericano en el mismo precedente interpretó¹⁹ : 1) la posesión tradicional tiene los efectos del dominio pleno; 2) otorga derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) aun cuando perdieran la posesión de las tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad mantienen el derecho de propiedad, “salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”²⁰, con derecho a recuperarlas u obtener otras de igual extensión y calidad; 4) obliga a los Estados a delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) obliga a los Estados a “garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio”²¹, y a garantizar el control y uso de su territorio y recursos naturales.

TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES

La Corte IDH ha construido de manera constante y progresiva notables estándares vinculados a las comunidades indígenas, el

¹⁹ Corte IDH, caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil”, 5.02. 2018.

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem.

territorio²² y la relación con los recursos naturales todo ello en el contexto de la cosmovisión de dichos pueblos²³:

“Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Por otra parte, la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar disfrutando su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”²⁴.

Al incluir la propiedad comunitaria en los términos descritos dentro del derecho del artículo 21, ubica a las comunidades indígenas como titulares de los recursos naturales dentro de sus territorios²⁵ que han utilizado tradicionalmente y la directa vinculación con el uso y goce de sus tierras para su supervivencia²⁶.

La Corte IDH ha reconocido que tanto el derecho a la propiedad como al de los recursos naturales incluidos dentro del territorio pueden estar sujeto a restricciones:

“...Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad

²² Corte IDH, caso “De la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, 31.08. 2001.

²³ Corte IDH, caso “Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador”, 4.09. 2024.

²⁴ Corte IDH, caso “Pueblos Indígenas Tagaeri ...”, cit.

²⁵ Corte IDH. caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. 25.11. 2015.

²⁶ Corte IDH, caso “del Pueblo Saramaka. Vs.Surinam”, 28.11.2007.

siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática...”²⁷.

Según el estándar fijado por la Corte IDH las restricciones a la propiedad comunitaria deben siempre respetar el test de proporcionalidad con anclaje en el derecho a la identidad cultural. Solo ante una imposibilidad razonable de devolver un territorio ancestral corresponderá la reparación integralmente al Pueblo o Comunidad indígena, respetándose los estándares interculturales que han fijado el SUDH y el SIDH.

Restricciones que también proyecta en materia de la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales, marcando que estas implican una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal. Ello a menos que el Estado:

“i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones”.

Los países que integran el SIDH, en especial los que integran el subsistema de competencia de la Corte IDH, en casos de concesiones de industria extractiva deberán: a) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo indígena, conforme con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión,

²⁷ Corte IDH. caso “Del Pueblo...”, cit.

exploración o extracción; b) que los miembros del pueblo en cuestión se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, y c) un estudio previo de impacto social y ambiental.

Así lo reafirma la Corte IDH en el caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, 25 de noviembre de 2015:

“...los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo”.

Este caso citado resulta trascendente por la importancia que el Tribunal Interamericano le otorga al área protegida, integrándola con la dimensión biológica y sociocultural, incorporando un enfoque interdisciplinario y participativo. Es más les concede a los pueblos indígenas un rol relevante en la conservación de la naturaleza, en tanto “ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación”. Destaca. “que el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”²⁸.

La Corte IDH también abordó la relación del territorio con la cuestión cultural²⁹:

“Al respecto, el Tribunal recuerda que la Convención Americana, en su artículo 12, contempla el derecho a la libertad de conciencia y religión, el cual, según la jurisprudencia de este Tribunal, permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su

²⁸ Ibídem.

²⁹ Corte IDH, “Masacres de Río Negro Vs. Guatemala”, 4.09.2012.

dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida”.

Para el SIDH los territorios ancestrales no son solo el principal medio de subsistencia de los pueblos indígenas, sino “un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática...”³⁰.

En síntesis, estamos convencidos que el territorio de los pueblos y comunidades indígenas que encuentra protección en el SIDH en el artículo 21 de la CADH como propiedad comunitaria (conforme la interpretación de la Corte IDH), comprende también a los recursos naturales como parte de su cosmovisión cultural, siendo los pueblos y comunidades indígenas actores primarios para la preservación del medio ambiente.

AUTODETERMINACIÓN Y DERECHO A LA CONSULTA

Uno de los problemas más importantes enfrentados por los pueblos indígenas que habitan las américas es el que se relaciona con la falta de reconocimiento de sus propias instituciones, así como de la puesta en práctica de sus procesos de toma de decisiones, específicamente en torno a proyectos de explotación de recursos naturales (CIDH, 2021). Es en materia de relación de los pueblos indígenas con los recursos naturales donde se evidencia la conjunción entre autodeterminación y consulta previa.

³⁰ Ibídem.

A partir de la interpretación de la Corte IDH en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam de 2007, la aplicación del artículo 21 de la CADH al derecho a la propiedad comunitaria también comprende el derecho de los pueblos indígenas y tribales a determinarse libremente.

La CIDH en el Informe de 2019 sobre la Situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía precisó que los pueblos indígenas son titulares del derecho colectivo a la libre determinación, derecho que constituye una premisa fundamental para el ejercicio de los derechos sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales. Según el informe la imposición de actividades extractivas y megaproyectos sin una consulta previa, libre e informada puede suponer la vulneración del derecho a la libre determinación³¹.

Para el SIDH el derecho a la autodeterminación incluye la: “disposición libre [...] de sus riquezas y recursos naturales”, vinculado a su propia supervivencia³².

La Corte IDH establece las obligaciones de los Estados sobre el punto: “...7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales.”³³

Para desde allí complementar sus criterios:

“Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se

³¹ Ibídem.

³² Corte IDH., caso “Comunidades Indígenas Miembros...”, cit.

³³ Corte IDH, caso “Pueblos...”, cit.

hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.

Empero, ello:

“... no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas [...].”³⁴

El deber de regular estatal aquí se expresa de manera diferenciada según las particularidades que la propia Corte IDH indica conforme la interpretación del derecho internacional vigente.

Recordemos que según la Corte IDH³⁵:

“...los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias y, además, que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación”

³⁴ Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye...”, cit. En similar sentido ver, entre otros, caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, 5.02.2018.

³⁵ Corte IDH, caso “De los Buzos Miskitos (LEMOTH MORRIS y otros) Vs. Honduras”, 31.08.2021

Como puede observarse la Corte IDH expresamente vincula al derecho a la autodeterminación derivado de los artículos 13, 21, 23 y 26 de la CADH con la consulta previa, libre e informada.

Nace así de la interpretación de la CIDH y de la Corte IDH la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectar sus derechos, con anclaje en el derecho a la libre determinación³⁶.

Por nuestra parte entendemos, que antes de la formulación de una política pública que afecte a pueblos y comunidades indígenas se las debe consultar, más aún si se trata de la vinculación con su territorio y el medio ambiente. La importancia no solo radica en lo jurídico, sino también en lo institucional y cultural. Ello, por cuanto la consulta es la forma más efectiva de participación de los pueblos indígenas.

En Argentina el reconocimiento constitucional a la participación ciudadana en general, y en especial para estos pueblos en cuanto a la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afecten, proyecta en el tema que abordamos una eficaz materialización mediante la consulta previa, libre e informada.

La CSJN de Argentina³⁷ condenó en su entonces a la provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo para que implementen una consulta que fuera omitida antes de la creación de un Municipio en territorio indígena, y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos indígenas puedan participar en la determinación de políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este

³⁶ Corte IDH Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador – 5.9.2024-, entre otros

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN): Fallos: 344:441 “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad”, 08/04/2021.

modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Del fallo de la CSJN Argentina la relación entre autodeterminación y consulta previa, libre e informada surge evidente.

A nivel Nacional, en Argentina, no se encuentra instrumentada. Sin perjuicio de ello, el derecho a la consulta está vigente y debe ser respetado bajo apercibimiento de responsabilidad internacional del Estado Argentino como pasó en el caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.

En el ámbito provincial se destaca la Provincia del Neuquén, que reconoció el derecho a consulta previa mediante el Decreto 108/2023 –de fecha 13/1/2023-, que estableció el “Procedimiento de Consulta Previa, Libre e Informada aplicable a las Comunidades Indígenas de la Provincia del Neuquén”, y que obtuvo rango legislativo al sancionarse la Ley 3401.

LA EXPERIENCIA DE VACA MUERTA³⁸

La formación geológica ubicada en la Patagonia norte de la argentina, principalmente en el territorio de la provincia del Neuquén, presenta datos de alto impacto en la economía local, regional, nacional y global desde la matriz energética en materia de extracción de hidrocarburos. Según fuentes oficiales:

“...Si bien esta comenzó con la extracción convencional, fue a partir del año 2013, que comenzó a cobrar protagonismo el método no convencional: la fractura hidráulica sobre la roca madre de las formaciones de Vaca Muerta, Los Molles, entre otras. Esta técnica extractiva implica la generación de procesos industriales de eficiencia en el uso de recursos

³⁸ Ampliar en www.energianeuquen.gob.ar/vaca-muerta, acceso mayo 2025.

sobre las locaciones, y un cambio en la escala productiva y de crecimiento en los pozos... ...Según datos del Ministerio de Energía de la provincia de Neuquén, la producción de petróleo creció un 66,0% entre los años 2021-2023. En relación al año 2020, representa un crecimiento del 115,0% entre puntas. En tanto en gas, para los mismos años la producción bruta creció un 18,7% y en relación con el año 2020, representa un crecimiento del 26,9%.”

Para enfatizarse:

“La cantidad de pozos perforados en el año 2023 fue de 411 un 49% por encima del año 2021 cuando se perforaron 221. De estos, 389 corresponden a técnicas no convencionales y sólo 22 a convencionales. La cantidad de equipos perforadores del promedio anual de 2023 fue de 38, alcanzando los 40 equipos a diciembre de 2023. A la misma fecha los equipos de fractura alcanzaban las 10 unidades. La cantidad de empresas privadas registradas de la Región Vaca Muerta para el año 2022 fue de 545, según el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), de las cuales un 78,9 % empleó entre 1 a 9 empleados, 12,8% entre 10 y 49 empleados, 6,8% entre 50 y 199 empleados y 1,5% más de 200 empleados”³⁹.

La provincia del Neuquén es como se podrá deducir principalmente de matriz extractiva junto a otras industrias y sectores productivos (turismo, entre otros). Es en este contexto que habitan, viven y desarrollan su proyecto de vida cincuenta y siete (57) comunidades reconocidas con personería jurídica provincial o nacional⁴⁰, de las cuales cincuenta y seis (56) pertenecen al pueblo Mapuche y 1 al Tehuelche. Adicionalmente se encuentran en trámite cerca de 25 solicitudes de personería jurídica pendientes de decisión

³⁹ COPADE, Región Vaca Muerta , Ficha de caracterización regional (2024), www.copade.gob.ar

⁴⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 28.11. 2007.

administrativa. Todas las comunidades se encuentran en distintas partes geográficas del territorio provincial.

Las tensiones han sido múltiples y variadas en el tiempo, ciertamente a mayor crecimiento de la explotación del recurso mayor intensidad de tensiones se han ido generando. En la zona, como dijéramos, se encuentran radicadas las principales operadoras nacionales y globales de la industria, sobre un suelo de cuyo dominio le corresponde a la provincia junto a su poder de policía en materia ambiental, entre otros. Esto ha llevado a la implementación de políticas públicas interculturales provinciales como la consulta previa libre e informada, un hospital intercultural y el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

CONCLUSIONES

Los sistemas de derechos humanos han fijado estándares que garantizan la igualdad y la dignidad de los pueblos y comunidades indígenas en una dimensión de derechos no sólo individuales, sino también de los derechos colectivos.

Los estándares que surgen de ambos sistemas obligan a los países integrantes del SIDH a adoptar medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente las consecuencias de las distintas formas de violación de derechos humanos de las comunidades indígenas. En esa senda, el deber de debida diligencia es el punto de partida para analizar las obligaciones internacionales que asumió, entre las que se encuentra la de reconocer la propiedad colectiva indígena, en la forma en que ha sido interpretada por la Corte IDH.

El SIDH ha construido una notable y progresiva protección alrededor de la propiedad colectiva, el acceso a la tierra, los procedimientos de delimitación, demarcación y titulación de las

tierras, la protección de los bienes naturales y de su propia cultura en relación a la cosmovisión propia de los pueblos originarios.

Los mecanismos de diálogo como es concretamente la consulta previa son herramientas procedimentales fundamentales en la tarea de prevención. Herramienta que ha de diseñarse conjuntamente entre todos los actores involucrados. No es posible la imposición, si estamos tematizando al diálogo como herramienta de prevención y distensión de posibles conflictos.

La experiencia de Vaca Muerta y alrededor de ella en la provincia del Neuquén en la Norpatagonia puede ser quizás una buena práctica institucional y comunitaria “exportable” a otras experiencias y otros territorios.

Mucho queda por caminar aún, sabiendo que es de manera colectiva, participativa mirando el ayer para comprender el hoy y así proyectar el mañana bajo un principio central: la equidad intergeneracional.

REFERENCIAS

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Instrumentos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. Informes anuales 1988–2017. Organización de los Estados Americanos, s.d. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/informes/anuales.asp>. Acceso en: 16 jul. 2024.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización de los Estados Americanos, [1990] Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/jsform/?File=/es/CIDH/r/DPI/default.asp>. Acceso en: 16 jul. 2024.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Organización de los Estados Americanos, 2021. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.

Artigo recebido em 10.06.2025

Aprovação final em 11.12.2025