

Participación indígena en los beneficios del desarrollo de recursos: la experiencia Australiana de Títulos Nativos

5

por DAVID RITTER

Introducción

Un creciente número de acuerdos ambientales multilaterales (AAM) involucran alguna forma de proceso participativo basado en derechos para la participación de los pueblos locales e indígenas. Considerando los avances a nivel internacional, dos décadas de experiencia australiana de trabajo con legislación nacional sobre tierras indígenas, que incluye el derecho de participación en la toma de decisiones vinculadas a cuestiones de desarrollo, deberían ser de gran interés. Promulgada en 1993, la Ley de Títulos Nativos (LTN) Australiana establece un mecanismo para el reconocimiento de los títulos nativos.¹ Los procesos de titulación nativa en Australia son análogos los arreglos internacionales para la participación de pueblos locales e indígenas.

En particular, este artículo describe los procesos de representación indígena, negociación y realización de acuerdos sobre minería y desarrollo exigidos bajo la LTN, y luego evalúa qué lecciones y aprendizaje

pueden aplicarse a procesos similares bajo los AAM (como por ejemplo, consentimiento libre, previo e informado). En particular, el objetivo es describir la participación en procesos de negociación con la industria y el gobierno, más que abordar la dinámica a nivel de una comunidad.

El título nativo –derechos de los pueblos indígenas a la tierra y el agua, derivados de sus propias leyes y costumbres consuetudinarias- fue recién reconocido en Australia en 1992 en el caso de *Mabo c/Queensland* (2). Éste es bastante posterior a decisiones similares en otras partes del grupo de países que comparten el sistema del “common law” (incluyendo los EUA, Canadá y Nueva Zelanda), heredado del Reino Unido. La ley de títulos nativos de Australia se desvía de las de otras jurisdicciones del “common law” en aspectos importantes (Strelein, 2009). La LTN fue la respuesta legislativa del gobierno de Australia al caso Mabo – estableció un sistema legislativo para tratar la cantidad de demandas que se esperaba que siguieran a la decisión.

¹ Para más información ver: http://www.hreoc.gov.au/social_justice/native_title/index.html

Antecedentes –reivindicaciones de títulos nativos, actos futuros y organismos de representación

El objetivo de la Ley de Títulos Nativos de la Mancomunidad (Commonwealth) era establecer un proceso ordenado para resolver las reivindicaciones de títulos nativos en Australia. Cabe destacar, que la legislación no creó derechos sobre la tierra, sino que estableció un mecanismo para el reconocimiento de derechos de propiedad que pudieran haber existido bajo el “common law” de Australia, pero que hasta ese momento nunca habían sido reconocidos. El proceso de reivindicación dispuso la presentación de solicitudes para el reconocimiento de títulos nativos, que luego estarían sujetas a un proceso de mediación. En el transcurso de esto, la comunidad indígena solicitante convocaría a todos los titulares de derechos sobre el área en cuestión a fin de elaborar una propuesta para lograr un consenso legalmente vinculante. Este artículo no trata del sistema para la reivindicación de derechos sobre las tierras en sí, sino de dos elementos auxiliares de la arquitectura legislativa:

- El ‘sistema de actos futuros’, que estableció la forma en que las tierras y aguas sujetas a reivindicación de títulos nativos registrados podrían ser tratadas por el gobierno y los terceros antes de que se adopte una decisión con respecto a la reivindicación;
- El ‘sistema de organismos representativos, bajo el cual se otorgó autoridad especial a las ‘corporaciones aborígenes’ y se les proporcionó fondos para representar a grupos indígenas que planteen reivindicaciones de títulos nativos.

En conjunto e funcionamiento e interacción del acto futuro y de los sistemas de organismos de representación han regulado la forma en que las empresas de recursos y los gobiernos han obtenido permiso de los grupos indígenas para llevar a cabo proyectos de desarrollo en tierras sujetas a títulos nativos en Australia.

En líneas generales, el sistema de actos futuros estableció que una vez que una

reivindicación de títulos nativos ha sido registrada, el aprovechamiento de recursos en el área en cuestión solamente podría tener lugar una vez que determinados derechos de procedimiento indígenas hubieran sido agotados.

El término ‘acto futuro’ es definido en la LTN. En términos generales un acto futuro significa la creación de una concesión minera (ver Recuadro 1) o una adquisición obligatoria de tierra por el gobierno, en un área sujeta a una reivindicación de títulos nativos registrada o un área donde se ha determinado que existe el título nativo. El sistema de actos futuros describe el mecanismo legal establecido en la LTN para ocuparse de los actos futuros.

El más fuerte de estos derechos fue el ‘derecho a negociar’ (por un mínimo de seis meses) la creación de un derecho minero absoluto. El más débil el derecho solamente a ser notificado. Crucialmente (y contrariamente a cierta mitología popular en Australia), la LTN nunca estableció un derecho al consentimiento libre, previo e informado ni nada parecido a una simple capacidad de veto. Al igual que las regulaciones legales para encargarse de las reivindicaciones de títulos nativos, la intención del derecho a negociar fue que los asuntos contenciosos deberían ser resueltos por un mecanismo alternativo de resolución de disputas (negociación de buena fe, mediación y arbitraje si fuera necesario), más que ser dirimidos en un tribunal.

El derecho a negociar y otros derechos de procedimiento disponibles bajo el sistema de actos futuros residía en los propios grupos de solicitantes de títulos nativos registrados y, en particular, en determinadas personas que gozaban de un estatus especial como los solicitantes designados. Sin embargo, la LTN también buscaba que los grupos de solicitantes pudieran beneficiarse de organismos de representación para títulos nativos. Estas instituciones representativas para títulos nativos fueron las corporaciones aborígenes especiales, que funcionaban en áreas

Fotografía: Ric Davies



Solicitantes de la reivindicación de título nativo mayala firman el acuerdo para la extracción minera de Irvine Island luego de una reunión de reivindicación a la que asistieron unos 250 mayalas en Broome, Australia Occidental, en junio de 2011.

geográficamente delimitadas, a las que se les proporcionaron fondos para contratar abogados, antropólogos y demás personal para brindar asesoramiento experto y representación a los grupos de solicitantes de títulos nativos dentro de su jurisdicción.

Los fondos generalmente provenían del gobierno de la Mancomunidad, con dinero adicional a veces proveniente de gobiernos de los estados. Durante la vigencia de la LTN, el nivel de apoyo financiero proporcionado por los organismos de representación para títulos nativos por el gobierno australiano ha sido, por lo general, terriblemente inadecuado, con graves consecuencias para la efectividad de los servicios prestados. Un importante estudio realizado en 1999 determinó que, en toda Australia, sería imposible que los organismos de representación para títulos nativos cumplieran profesionalmente sus funciones ante la ausencia de fondos. Estas eran funciones que el propio gobierno había impuesto a los organismos como obligatorias.

La insuficiente provisión de fondos por

el gobierno creó llevó a que los organismos de representación para títulos nativos tuvieran la necesidad de buscar directamente fondos alternativos de empresas de recursos, sobre la base de la recuperación del costo: esto es, cuando una empresa requería negociar con un grupo de solicitantes de títulos nativos para cumplir con sus obligaciones bajo el sistema de actos futuros, como condición previa para obtener una concesión minera, la corporación debía proporcionar recursos financieros adicionales para hacer posible el compromiso. Estas sumas adicionales se sumarían como costo de reuniones comunitarias adicionales (usualmente muy costosas y con gran uso de recursos para poder reunir a una comunidad dispersa), así como parte del impuesto asociado a la contratación de personal adicional, incluyendo potencialmente a abogados, antropólogos, arqueólogos, funcionarios de enlace indígena y otros. Esta capacidad complementaria podía ser contratada por cortos períodos o por años –dependiendo

de la escala y duración de las negociaciones en cuestión.

La participación primaria del autor en el proceso de títulos nativos fue como Funcionario Jurídico Principal del organismo de representación para títulos nativos de las regiones de Murchison, Gascoyne y Pilbara de Australia Occidental (el noroeste) entre 1999 y 2005, ahora conocida como la Yamatji Marlpa Aboriginal Corporation (YMAC). La jurisdicción de YMAC cubre más de 1 millón de kilómetros cuadrados, con oficinas en Geraldton, South Hedland, Karratha, Tom Price y Perth. *Yamatji* significa 'hombre' aborigen en Murchison y Gascoyne, mientras que *Marlpa* se usa para denotar a los pueblos aborígenes de Pilbara.

Las áreas en cuestión son altamente ricas en recursos, incluyendo depósitos significativos de hierro, gas natural, cobre, molibdeno y oro. Como consecuencia, el principal énfasis del trabajo del autor se transformó en la supervisión del asesoramiento profesional y representación proporcionados en negociaciones con empresas de recursos, más que en impulsar las reivindicaciones de tierras propiamente dichas. El resultado directo de la presión del desarrollo fue que las decisiones sobre solicitudes de títulos nativos fueran relegadas a segundo plano. Muchas reivindicaciones continúan sin resolverse luego de una década o más en el sistema.

Métodos y procesos –representación indígena y respuesta

Resultó claro que a pesar de la promulgación de la LTN, sin una versión simplificada y sistematizada, los pueblos indígenas del noroeste –los yamatjis y marlpas– se perderían los derechos de procedimiento y las oportunidades asociadas creadas por la legislación. Sencillamente, existen demasiadas empresas de recursos que quieren realizar exploración y explotación minera como para poder atender las solicitudes de concesiones de manera *ad hoc*.

Se dieron seis pasos clave para maximizar los derechos y oportunidades disponibles para los pueblos yamatji y marlpa:

1. Los derechos de procedimiento para extracción y desarrollo recién se convertían en derechos adquiridos de los pueblos indígenas una vez que la reivindicación de un título nativo hubiera sido registrada, por lo que fue esencial asegurar que las solicitudes de títulos nativos se registraran en toda el área de la jurisdicción de la YMLC.
2. El número de solicitudes de concesiones y lo estricto del plazo para dar respuesta significó que fuera esencial tener un método confiable para recibir instrucciones legales y políticas del grupo de reivindicación. En consecuencia, cada grupo de reivindicación de títulos nativos dentro de la jurisdicción de la YMLC designó a un grupo de trabajo menor (generalmente de una docena de personas) para realizar reuniones de uno o dos días aproximadamente cada seis semanas para tomar todas las decisiones.
3. En la medida de lo posible la YMLC obtuvo instrucciones estandarizadas de cada grupo de reivindicación para 'objetar' todo, no porque hubiera necesariamente una oposición real, sino con el fin de maximizar la voz indígena sobre el desarrollo.
4. También se obtuvieron instrucciones estandarizadas para recuperar los costos de la negociación de los promotores del aprovechamiento de recursos tan pronto como fuera posible.
5. Aunque siempre imperfectos, determinados protocolos y formas de comportamiento fueron hechos de manera estandarizada para minimizar la fricción asociada con la comunicación intercultural entre pueblos indígenas y no indígenas.
6. Aunque procesar cada solicitud de concesión constituyó un discreto proceso bajo la LTN, se volvió la norma para tratar de manera consistente determinados tipos de concesiones:
 - El consentimiento para la prospección fue generalmente concedido a cambio de

un relevamiento en pequeña escala para asegurar que ningún lugar de especial importancia cultural fuera afectado;

- El consentimiento para la explotación fue generalmente concedido a cambio de un relevamiento a mayor escala; y
- El consentimiento para el desarrollo a escala completa fue generalmente concedido a cambio de una participación en los beneficios a gran escala, usualmente incluyendo pagos monetarios directos; puestos de trabajo, oportunidades de capacitación y negocios; ofertas de acciones, etc.

Cada uno de los puntos que antecede debía ser establecido en un contrato escrito. Típicamente, los acuerdos en menor escala podrían ser tratados comparativamente más rápido, mientras que las negociaciones sobre explotaciones mineras a gran escala podrían llevar meses o incluso años. La escala de los pagos fue generalmente decidida por un proceso análogo al del mercado: grupos de títulos nativos obtendrían en general el mayor monto que podrían razonablemente negociar, teniendo en cuenta que no tenían el poder de vetar la explotación, solamente demorarla por un período de tiempo limitado. El arte de las negociaciones fue negociar el consentimiento precisamente en el momento en que más valía hacerlo. En la mayoría de las negociaciones mineras, el mejor momento para llegar a un acuerdo es cuando el solicitante del recurso está bajo una gran presión para obtener los permisos necesarios para continuar; como (por ejemplo), una condición previa a una mayor inversión de capital.

El sistema establecido anteriormente constituyó un cambio radical en el funcionamiento de las sociedades indígenas del noroeste previo a la LTN. No habiendo tenido antes derechos con relación al desarrollo, no había sistemas indígenas preexistentes para tratar dichos asuntos. Todo el edificio para maximizar el acceso a los derechos y oportunidades inherentes en el sistema de actos futuros

Recuadro 1: Concesiones y derechos mineros

Las concesiones son una forma de título que proporcionan a su titular el permiso para llevar a cabo la actividad minera —es una suerte de título minero. Se crean diferentes concesiones para diferentes niveles de actividad relacionada a los recursos, como extracción, exploración, prospección e infraestructura. Australia tiene un sistema de gobierno federal en el cual la facultad de otorgar títulos sobre las tierras corresponde al Estado.

fue impuesto —aunque con la participación activa en el diseño y consentimiento de las comunidades en cuestión. No obstante, el sistema descrito nunca fue completamente separado de la legislación y costumbres indígenas.

Sin embargo, las reuniones de títulos nativos llevan tiempo y a menudo son estresantes, imponiendo una considerable carga a las comunidades indígenas. La realidad social de los pueblos indígenas en Australia también implica que muchos de aquellos que asisten a reuniones de títulos nativos pueden tener serios problemas de salud mental o física.

Las estructuras representativas ordenadas por la LTN y más elaboradas en la práctica de títulos nativos actuaron como un sustituto para la participación directa por parte de toda la comunidad en todo momento. El punto de la sustitución fue esencialmente práctico: proporcionar un mecanismo legal y administrativo por el cual la certeza del consentimiento indígena y el acuerdo podrían ser prestados bajo la LTN. Sin embargo, existe una variedad de vueltas de retroalimentación en el proceso de títulos nativos para tratar y minimizar el grado en el cual las estructuras representativas pueden terminar alejándose del conjunto de comunidades que representan. Por ejemplo, bajo el artículo 66B de la LTN, un determinado solicitante de una reivindicación de título nativo que no está actuando de conformidad con el alcance de la autorización comunitaria puede ser removido como solicitante. Esto presenta un cruce entre la autoridad tradicional y el

poder legalmente establecido. En el caso de *Daniel c/Western Australia [2002] FCA 1147*, por ejemplo, un solicitante fue removido luego que la comunidad en su conjunto, a la que supuestamente debía representar, lo hubiera autorizado a otorgar un acuerdo de títulos nativos y él se negara hacerlo. Detrás del rostro de la decisión yace una considerable tensión y conflicto en la comunidad con relación a las decisiones de uso de la tierra en cuestión.

Los derechos a participar en la toma de decisiones, por ejemplo, estaban a menudo determinados por la autoridad tradicional y serían expresados en la selección de personas para llevar a cabo negociaciones o relevamientos de patrimonio en base a su derecho a ‘hablar por la zona’ en cuestión. ‘Hablar por la zona’ es una expresión comúnmente usada en las tierras yamatjis y marlpas, para referirse a que una persona tenga el derecho de actuar como autoridad tradicional sobre un área de tierras o aguas. Por ejemplo, podría decirse ‘*Old Jack* habla por esa zona’.

Lecciones aprendidas, reflexiones críticas y análisis – La era de los Títulos Nativos de Australia

Sin lugar a dudas, el sistema descrito anteriormente fue exitoso en asegurar que el desarrollo no se realizara en tierras bajo reivindicaciones de títulos nativos en el noroeste, sin que se llevara a cabo algún proceso de compromiso con los dueños tradicionales indígenas. Muchos cientos de negociaciones individuales tuvieron lugar, originando numerosos acuerdos y decenas (posiblemente centenas ahora) de millones de dólares en compromisos por parte de los promotores del desarrollo. Parece probable que numerosos sitios de importancia tradicional fueran salvados de la destrucción. Una generación de pueblos indígenas post-colonización experimentó un nivel de empoderamiento desconocido hasta ese momento a propósito del desarrollo de recursos, llevando a los beneficios económi-

Recuadro 2: El Grupo de Trabajo Badimia

Desde 1997, el Grupo de Trabajo Badimia –un grupo de aproximadamente una docena de pueblos indígenas étnica y culturalmente badimias (un grupo tribal de cerca de Mt Magnet en Australia Occidental) se han reunido regularmente para tomar decisiones sobre procesos de títulos nativos asociados con toda exploración, extracción y desarrollo propuestos en las tierras que están reivindicando bajo la Ley de Títulos Nativos. Hay muchos otros grupos de trabajo tribales en todo el noroeste de Australia Occidental.

cos tangibles descritos anteriormente. En el noroeste, todo esto ocurrió en una forma económica predecible, efectiva y eficaz en función de los costos, por lo menos de acuerdo con los estándares del sistema de títulos nativos de Australia. La evidencia continúa siendo mixta y ambigua en cuanto a si el flujo entrante de dinero derivado de estas negociaciones ha resultado en alguna mejora en el bienestar social o económico de las comunidades en cuestión (amplió este tema en Ritter, 2009, pp. 58-61).

Sin embargo, también es fácil exagerar teniendo en cuenta los hechos. A un nivel, el funcionamiento de la LTN en general y el sistema de actos futuros en particular estaban más destinados a asegurar el procesamiento ordenado de concesiones para recursos que a preservar los derechos indígenas. Luego de la agitación inicial asociada con la introducción de la LTN, el sistema se acomodó en forma razonablemente rápida como un sistema de intercambio similar al utilizado en los mercados, en el cual los promotores de la explotación minera vendrían y negociarían una autorización oportuna a cambio de una contraprestación. El eventual impacto de la LTN fue no solamente la emancipación de los pueblos indígenas para tener significativos derechos de procedimiento, sino una forma de mercantilización. En efecto, la LTN funcionó para proporcionar a los derechos tradicionales un valor pecuniario estrecho, creando lo que era en sustancia un ‘mercado de títulos nativos’. Hay una serie de lecciones del sistema de actos futuros y organismos de repre-

Fotografía: Ric Davies



Realización de un relevamiento de flora en Irvine Island. La contribución del conocimiento tradicional aborígen a los estudios ambientales ha sido invaluable.

sentación de títulos nativos de Australia que podrían tener una aplicación más amplia.

- Determinar la tenencia tradicional puede ser un proceso extremadamente largo y complejo, que puede llevar, literalmente, años.

- Hay una tensión entre conservar las estructuras tradicionales y la provisión de complejos derechos de procedimiento: la dinámica nunca es directa, sino que parece probable que el funcionamiento interno de las sociedades indígenas de Australia se viera afectado por las obligaciones de procedimiento de la LTN. Los derechos de procedimiento deberían ser diseñados para afectar lo menos posible las estructuras tradicionales, pero incluso con la mejor voluntad del mundo hay límites: simplemente no es viable otorgar derechos de procedimiento liberales sobre un sistema de legislación y costumbres tradicionales sin causar alguna fricción y una cierta cantidad de transformación cultural subyacente.

- Los nuevos derechos de procedimiento no escapan a la gravedad de presiones políticas y económicas subyacentes: al final fue duro no pensar que el sistema de títulos nativos funcionó principalmente para facilitar el desarrollo de recursos. Un verdadero derecho de veto hubiera hecho la situación muy diferente, ya que habría dado a los poseedores de tierras tradicionales la capacidad genuina de decidir, caso por caso, si participar o no en la economía de recursos.

- Los recursos adecuados y el asesoramiento de expertos son esenciales para asegurar que los pueblos indígenas sean justamente capaces de utilizar derechos de procedimiento en su beneficio.

- Estandarizar procedimientos, medidas de recuperación de costos y protocolos de comunicaciones cruzadas pueden contribuir a la maximización de derechos y oportunidades.

- Correcta o incorrectamente, la participación de los pueblos indígenas en el

sistema se vio confinada por las limitaciones impuestas por un proceso predefinido, incluyendo la ausencia de cualquier derecho de veto.

Conclusión

Cualquier sistema que cree derechos para los pueblos indígenas –no importa cuán bien intencionado o diseñado esté– tendrá igualmente un efecto transformador en la medida que exija a las personas en cuestión actuar y pensar de forma diferente. En Australia, la Ley de Títulos Nativos tuvo éxito en otorgar a los pueblos indígenas un lugar en la mesa de negociaciones cada vez que un promotor del desarrollo de recursos

quería realizar explotación minera o explotar tierras objeto de una reivindicación. La consecuencia fue la obtención de beneficios en gran escala por las comunidades indígenas y que el desarrollo causara menos destrucción de la que podría haber acarreado en otra forma. Pero sería erróneo imaginar que los títulos nativos en Australia funcionaron como un freno para el desarrollo. Lejos de ello, el sistema de títulos nativos proporcionó una forma de incorporar de manera ordenada los derechos tradicionales de los indígenas sobre las tierras en la economía de recursos de Australia. Las cosas cambiaron, para que todo pudiera permanecer igual.

INFORMACIÓN DE CONTACTO



David Ritter
Head of Biodiversity (Jefe de Biodiversidad)
Greenpeace UK
Tel: +44 77 1770 4595
Email: david.ritter@greenpeace.org

REFERENCIAS

Hay una vasta variedad de trabajos sobre el sistema de títulos nativos en Australia. La guía global para el estado actual del sistema de títulos nativos de Australia puede encontrarse en Neate G. *et al.*, *Native Title Service*, LexisNexis. Sobre la particular naturaleza de la ley de títulos nativos en Australia ver: Strelein, L. (2009) *Compromised Jurisprudence*. AIATSIS, Canberra.

Las propias opiniones del autor sobre títulos nativos, según lo expresado en este ensayo, están ampliadas y presentadas en:
Ritter, D. (2009) *The Native Title Market*. UWA Press: Perth
Ritter, D. (2009b) *Contesting Native Title*. Allen & Unwin: Sydney
Ritter, D. (2010) 'The ideological foundations of arguments about Native Title.' *Australian Journal of Political Science*, 45:2, pp. 191-207.