

CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL AMBIENTAL EN LA DEFENSA DE DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS: ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA¹

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la posesión y la propiedad comunitaria indígena configura una problemática aún irresuelta, que requiere categorías conceptuales propias, una mayor sensibilidad y concienciación judicial, así como la mejora y adecuación de los instrumentos procesales para su defensa.

La relación entre los derechos indígenas y el derecho ambiental -y los retos que interpelan esta vinculación- reconocen una base espacial y territorial que guarda relación con la “conservación, reconstitución y protección del medioambiente total y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos”², persistiendo una brecha entre la enunciación y la aplicación, tanto a nivel nacional como provincial, por lo que la interculturalidad como la proclamada operatividad de la cláusula constitucional, distan de ser metas alcanzadas u objetivos de próxima realización.

La aplicación de diversas normas sectoriales y la jurisprudencia, dan cuenta que una de las raíces de la conflictividad intrínseca, radica principalmente en que se impulsan intervenciones desde una cosmovisión contrapuesta a la de los pueblos originarios. El pensamiento y la posición histórica dominante considera al territorio como un espacio abstracto, interpretado desde un punto de vista productivista -de producción pasiva de beneficios ambientales-, sobre el que pueden segmentarse sus diferentes recursos (minerales, forestales y madereros, hídricos, etc.) e incluso aprovecharse alguno de ellos en detrimento de los otros, fundamentándose tal aprovechamiento en el sentido de propiedad de la tierra.

El debate del Proyecto de Código Civil, ha actualizado la discusión sobre los elementos distintivos de los pueblos indígenas, su territorio y la posesión y propiedad comunitaria, con las consecuentes aristas procesales para su reconocimiento y defensa, según una cosmovisión especial adecuada “*a una forma particular de ser, ver y actuar en el mundo*”, y que se constituye a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales.

Las categorías conceptuales de “territorio”, “propiedad” o “tierra” no constituyen conceptos constitucionales unívocos ni neutros, por cuanto en el lenguaje judicial persisten claras discordancias entre lo establecido por el Convenio 169 de la

¹ Morales Lamberti, Alicia (UNC).

² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 107ª sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007, arts. 26 y 28.

OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos.

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

Teniendo en cuenta que dichas diferencias conceptuales y de perspectivas, no sólo condicionan la operatividad plena de la eficacia de los procedimientos de reconocimiento y regularización de la titularidad de las tierras y territorios indígenas, sino también la vinculación eficaz y justa entre el derecho material y el debido proceso adjetivo, el presente análisis tiene por objeto por una parte, formular lineamientos conceptuales acerca de las respuestas procesales a las condiciones de acceso a la justicia y el ejercicio de esos derechos colectivos, relevando brevemente la incidencia del diseño procesal específico de la ley 25.675 en los mecanismos de consulta y participación de las comunidades indígenas, en la defensa y protección de los derechos ambientales implicados.

II. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS: VICISITUDES PROCESALES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL Y A LA DIFERENCIA

El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos, uno de carácter simbólico y reparador; y otro, histórico y jurídico. No puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se reconoce personería a las diferentes comunidades indígenas para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos le sean conculcados³.

La preexistencia y por ende su carácter originario, se infiere de la propia Constitución, la que reconoce que esos pueblos originarios han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. Desde el punto de vista de su identidad cultural, la Constitución ha reconocido a los “pueblos indígenas” como entidades colectivas, como construcciones colectivas que a lo largo de la historia han producido un legado étnico y cultural. Con

³ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, H., *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal-Culzoni Editores, Sante Fe, 2001, Tomo I, págs. 38-42.

ello, los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos, y al mismo tiempo, tienen el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales⁴.

1. Aplicación de criterios normativos descriptivos, según los derechos a proteger

El Convenio 169 de la OIT (Ley 24.071), no definió quiénes son los pueblos indígenas, sino que adoptó un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger: La cobertura del Convenio se basa en una combinación de criterios objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual), tomando en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos originarios de la población en general y que conforman su identidad cultural⁵.

2. La (in)existencia jurídica y social de los pueblos y comunidades indígenas

La Constitución Nacional de 1853 atribuía al Congreso en su art. 67, inc. 15, un triple mandato en relación a los pueblos indígenas: *“proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”*. Hasta la reforma constitucional de 1994, ese fue el paradigma dominante en la más jerarquizada doctrina constitucional, imperante hasta épocas muy recientes: *“La vecindad de los indios salvajes, hostiles a la sociedad culta del país, ha sido una causa permanentemente de atraso y miseria. Nuestros gobiernos nacionales y provinciales, desde los primeros tiempos, se ocuparon de su sometimiento, y la palabra ‘fronteras’, no significó límites con naciones extrañas, sino el término donde se detenía la población civilizada, dentro de nuestro propio territorio”*⁶.

Este paradigma de invisibilidad y marginación de sus derechos y garantías como comunidades y pueblos distintos, con valores culturales e identidad étnica diferente, trasuntó una formal asimilación y marginación forzada como sujetos de derechos individuales y colectivos, sustancialmente basada en la exclusión social y étnica, que selló fuerte influencia en la mirada y discurso judicial hasta nuestros días. Consecuencia de todo ello, y hasta el advenimiento de la democracia y el dictado de la Ley N° 23.302, la marginación jurídica de los pueblos indígenas, impedía considerarlos

⁴ Cfr. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) y Ley N° 24.544.

⁵ “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad”, TSJ, 25/10/2010.

⁶ GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada Editores, 1959, pág. 449.

como sujetos de derechos o personas jurídicas, y por ende, carentes de capacidad para actuar en defensa de sus derechos en las instancias administrativas y judiciales.

3. Las “reducciones” y “reservas” indígenas

Desde la emancipación nacional y hasta mediados del siglo XX, la normativa nacional y provincial, se basó en las instituciones denominadas “premios y concesiones”; “reducciones indígenas” y “reservas indígenas”, sin que ello importara su reconocimiento como personas jurídicas colectivas o plurales⁷.

La denominada “Comisión Honoraria de Reducciones de Indios”, creada por Decreto Nº 13.802 (1944), debía adoptar “*las medidas necesarias tendientes a incorporar al aborigen a la vida civilizada*”. En el ámbito provincial, la reserva de tierras fiscales destinadas a las poblaciones indígenas, tuvo hasta épocas recientes variadas formas de regulación y gestión, basadas en el otorgamiento de derechos de concesión *sui géneris* y de usufructo gratuito, sujeto a plazos y susceptibles de revocación⁸. En algunos casos, esas tierras de reserva se destinaban a la colonización ejidal indígena (Ley Nº 4086 (1966) de la Provincia de Salta). En otros casos, la creación de reservas indígenas provinciales, se constituían sobre superficies de dominio nacional cedidas a las provincias, anteriormente definidas como reducciones indígenas (Ley Nº 4517 (1972) de la Provincia de Salta).

El otorgamiento de tierras en usufructo gratuito y vitalicio a “agrupaciones” indígenas⁹, fue el mecanismo prevalente en la creación de reservas indígenas *ad hoc*, siendo los beneficiarios de carácter individual (no colectivo). En algunos casos, la ocupación real y efectiva de los predios colocados bajo reserva, sirvió de fundamento para que sus integrantes, accedieran al título de propiedad en forma gratuita¹⁰, pero aun así no se les reconoció personería jurídica, es decir no podían ser sujetos de derecho.

El desconocimiento de la autonomía y autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, se mantuvo hasta 1983, mediante el subterfugio de concesión de tierras en usufructo y luego propiedad gratuitos, a entidades eclesiásticas. En estos casos, concluido el plazo de usufructo, la Provincia se obligaba a donar a la Diócesis, el

⁷ Cfr. Leyes Nº 474 (1866), Nº 552 (1868) y Nº 1628 (ley de “premios militares”), de la Provincia de Buenos Aires.

⁸ Vg. Decreto nacional Nº 18.341 (1949).

⁹ Cfr. Ley Nº 674 (1971) y Ley Nº 2200 (1987) de reservas indígenas, ambas de la Prov. de Río Negro. Igualmente, la Ley Nº 426 (1984) de Formosa, transfiere a favor de las comunidades las tierras fiscales que se detallan, como reservas aborígenes.

¹⁰ Prov. de Río Negro. Ley Nº 2641 (1993): Otorga título de propiedad gratuita a integrantes de la reserva indígena Ancalao.

inmueble objeto del mismo, siempre que se hayan cumplido “la radicación de familias aborígenes en la zona” lo cual quedaba establecido como cargo de la donación¹¹.

4. La (in)existencia jurídica y social como paradigma de la decisión judicial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Guari, Lorenzo c/ Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero”¹² de 1929, negó que las comunidades indígenas puedan ejercer derechos como tales, además que la vía de la acción había prescrito: *“Tampoco las invocadas comunidades indígenas tienen personería jurídica para actuar en juicio porque no son ni de existencia necesaria ni de existencia visible. La Corte Suprema, al no hacer lugar a la acción interpuesta afirmó que “los Incas no concibieron el dominio como lo hace nuestro Código Civil (...) las comunidades indígenas no pueden actuar en juicio por carecer de personería jurídica en consecuencia no son personas para el Código Civil y la propiedad de las tierras en cuestión es de la Provincia de Jujuy por haber recibido las tierras de la Nación, que asimismo las ha recibido de España”.*

Con posterioridad, en la causa “López Abdón” del año 1969¹³ el Máximo Tribunal trató el reclamo intentado por la comunidad tehuelche de Camusu Aike, contra una disposición de la Provincia de Santa Cruz que ordenaba el desalojo de tres mil animales de su propiedad, por entender excesiva dicha cantidad en relación al predio de pastaje, convalidando dicha medida, porque se trataba de *“medidas tendientes al razonable y adecuado aprovechamiento de las tierras fiscales y al cumplimiento de una limitación impuesta al otorgarse el permiso para ocuparlas”.*

La negación del carácter de sujetos de derecho a los pueblos indígenas, continuó definiendo la doctrina judicial de la Corte Suprema, incluso con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. En el caso “Terrabón”¹⁴, resuelto el año 1997, el Máximo Tribunal del país, con cita y remisión al caso “Guari”, sostuvo que *“una tribu constituye una entidad carente de personalidad jurídica”.*

5. El reconocimiento jurídico formal de la preexistencia de los pueblos y comunidades indígenas como personas jurídicas

En el contexto normativo, axiológico y judicial referenciado anteriormente, surge el nuevo inc. 17 del art. 75 de la Constitución Nacional: *Corresponde al Congreso*

¹¹ Cfr. Ley Nº 6067 (1983) y la Ley 6.469 (1987) de la Provincia de Salta.

¹² Fallos 155:302.

¹³ Fallos 274:169.

¹⁴ “Terrabón c. Buenos Aires Provincia de s/ daños y perjuicios”, 15/07/1997 (Fallos 320:1571).

(...) *“Reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades”*, incorporando una cláusula específica, que borra la antigua referencia a los “indios” que traía el ex art. 67 inc. 15 y formula un nuevo enunciado, con una carga valorativa diversa de la que impregnaba a la norma sustituida.

El nuevo texto constitucional, al expresar *“...reconocer la personería jurídica de sus comunidades...”*, luego de reconocer su preexistencia étnica, pareciera declarar que las comunidades indígenas, por el simple hecho de existir, tienen carácter de tal. El reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en el texto constitucional *“no se reduce a la vacía verificación histórica de su existencia física a la llegada de los conquistadores a nuestro continente, sino que significa el respeto a su condición de pobladores originarios y los derechos que ello implica antes, durante y después de la conquista”*¹⁵.

En este sentido, se ha dicho que *“la nueva Constitución ha reconocido a los pueblos indígenas como entidades colectivas, como construcciones colectivas que a lo largo de la historia han producido un tesoro étnico y cultural”*¹⁶. Al reconocer personería jurídica a las comunidades, el constituyente se está refiriendo al reconocimiento del hecho histórico de los pueblos como comunidades colectivas que tienen el derecho jurídico de convertirse en sujetos de derecho, titulares de derechos colectivos, como medida específica destinada a garantizar que los pueblos indígenas ejerzan sus derechos territoriales¹⁷.

6. Del “reconocimiento” al “otorgamiento” de personería jurídica

Las comunidades indígenas tienen sin discriminación, todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional y constitucional. Se trata de derechos colectivos que son indispensables para su identidad, existencia y desarrollo integral como pueblos¹⁸. El otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas, razón por la cual el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a

¹⁵ IRAZABAL, Jorgelina, *Propiedad Comunitaria Indígena*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), 2005.

¹⁶ HIGHTON, Elena, *El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 7, págs. 308 y 311.

¹⁷ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname”, cit., punto c., párr. 171-174.

¹⁸ Declaración de las NU sobre los derechos de los pueblos indígenas, 107ª sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007.

la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma¹⁹.

La consecuencia de este nuevo marco Constitucional (art. 75 inciso 17 de la C.N., art. 27 del Pacto Internacional) parece clara: deberá garantizarse a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional la posibilidad de “integrarse con sus diferencias, en la mismidad de sus perfiles²⁰, sin pérdida ni renuncia de su identidad.

Sin embargo, no existe una vía judicial ordinaria para exigir al Estado la aceptación de la inscripción de la personalidad de la comunidad, reconocida por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17) y la Ley 23.302. Al dotarla de personería, se supone que las comunidades indígenas “son partes legítimas para ingresar en juicio en defensa de sus derechos e intereses”, como lo sostiene expresamente el Convenio OIT Nº 169 (art. 12) y nuestra Constitución, al menos por vía del amparo colectivo (art. 43, párr. 2, CN.).

No ha estado exenta de controversias las distintas exigencias receptadas por algunas provincias para la inscripción de la personería jurídica de las comunidades, no sólo adicionando requisitos inexistentes en el régimen constitucional y nacional, sino además reglamentando los términos “reconocimiento” e “inscripción”, como equivalentes a “otorgamiento”, lo cual implicaría una negación a la preexistencia reconocida en nuestra Constitución Nacional. Parte de estos conflictos, han girado en torno a la tacha de inconstitucional de los requisitos exigidos a efectos del reconocimiento de la personería jurídica, sea porque la Ley nacional Nº 23.302 no los menciona; o bien porque se sustituye el principio de “auto identificación” por el de “identificación por el Estado”²¹.

En tal sentido, se ha considerado inconstitucional la obligación de llevar un libro de actas para asentar la designación y remoción de autoridades y la integración y exclusión de sus miembros, así como otro en el que se registren los ingresos y egresos patrimoniales, porque “no se condicen con el respeto por las costumbres y modos de vida propios de las comunidades, pues si la norma se orienta a lograr la protección y preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas, la reglamentación mal

¹⁹ “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 17/06/2005.

²⁰ “Puel, Raúl s/daño”, Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, 12 de marzo de 1999.

²¹ Cfr. “Arias Jorge Meliton c/ Comisión Municipal de El Huecu s/ acción de Inconstitucionalidad”, TSJ de Neuquén, 01/07/2005 y “Comunidad Mapuche Lonco Purran c/ Provincia de Neuquén s/ acción de amparo”, TSJ de Neuquén, 22/11/2005.

puede imponer formalidades que resultan ajenas a sus modos de vida”²². Igualmente, la exigencia de consignar los datos catastrales del territorio que la comunidad reconozca o declare como propio y acreditar la propiedad del territorio mediante certificados de dominio²³, esto es, que las comunidades deban demostrar ser ellas mismas las propietarias de los respectivos lotes, resultan requisitos a todas luces irrazonables, por estar desvinculado del reconocimiento constitucional de la personería jurídica de dichos pueblos.

7. Inscripción declarativa y no constitutiva

De acuerdo a la Ley Nº 23.302 la personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación. La personería jurídica es útil para concretar formalmente los derechos que las comunidades indígenas tienen desde hace mucho tiempo, pero deben ser reconocidos a la comunidad indígena en sí y no a la persona jurídica que es un formalismo legal²⁴.

Por ello, puede sostenerse que dicha inscripción es declarativa y no constitutiva. La comunidad indígena existe antes de su registración, por lo que mal puede ser considerada constitutiva. Cuando la Constitución Nacional garantiza el otorgamiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, *“pretende hacer operativo un derecho ya existente, es decir, que la norma fundacional no lo establece desde entonces sino que declara su preexistencia y pretende que se haga efectivo, garantizando entre otros derechos, el de la propiedad de la tierra en forma comunitaria”*²⁵.

El carácter instrumental y declarativo de la inscripción registral, como requisito para el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, se evidencia en la reglamentación de la Ley Nº 26.160²⁶, cuando extiende la emergencia declarada a las *“comunidades indígenas registradas”*, así como a *“aquellas comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica”*. El carácter meramente instrumental y declarativo de la inscripción

²² “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad,” TSJ, 25/10/2010.

²³ Decreto Nº 1184/2002 de la Prov. de Neuquén.

²⁴ Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, párr. 146 a 149.

²⁵ Cám. de Ap. en lo Civ. y Com. de Jujuy, Sala I, *in re* “Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes-Pueblo Cochinoca c. Provincia de Jujuy”, 14/9/2001.

²⁶ Dicha Ley declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad indígena, suspendiendo la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación.

y registro se ratifica, por cuanto *“resulta irrelevante que la comunidad todavía no haya concluido el trámite administrativo para obtener la personería jurídica porque ésta no es una condición para ejercer el derecho reconocido sobre las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la personería jurídica es otro derecho garantizado en vez de una obligación”*²⁷.

8. Personas jurídicas privadas vs. personas jurídicas de derecho público no estatal

El Proyecto de Código Civil, ha receptado la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, como producto del reconocimiento de una autoridad estatal propia del derecho privado, coincidiendo en este sentido, con el art. 18 de la Ley 23.302. La discordancia entre el reconocimiento constitucional, la citada Ley 26.160 y sus normas reglamentarias, con la proyectada norma del Código Civil, se evidencia en la inversión de los términos: el “derecho” a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, queda condicionado a que sus titulares (las comunidades indígenas), previamente hayan obtenido personería jurídica “reconocida” y “registrada”.

En consecuencia, bajo la normativa proyectada, la inscripción registral, como requisito para el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas, pasaría a ser constitutivo del derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, lo que resultaría claramente inconstitucional y en contradicción con el art. 14 del Convenio 169 OIT (ley 24.071), que exige a los Estados “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. Distinto sería si, el enunciado normativo se refiriera a que las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida *tienen derecho a la demarcación y titulación de sus tierras y territorios*, aspecto procedimental administrativo que supone la existencia de una comunidad indígena con personería jurídica “reconocida” y “registrada”.

El encuadramiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, en el marco de las normas de las asociaciones civiles, mutuales o cooperativas²⁸, también ha sido cuestionado, con fundamento en el art. 75 inc.17 de la CN y el art. 5 del Convenio 169 de la OIT, que receptorían su categorización como personas jurídicas de derecho público no estatal.

Los representantes de algunos pueblos originarios, hacen particular énfasis en la necesidad de no considerarlos como sujetos de derecho privado, por cuanto la

²⁷ Vid. “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes-Pueblo Cochinoca c. Provincia de Jujuy”, citado anteriormente.

²⁸ “Comunidad Mapuche Lonco Purran c/ Provincia de Neuquén s/ acción de amparo”, TSJ de Neuquén, 22/11/2005.

personería de las comunidades tiene reconocimiento en la Constitución, la cual reconocería *carácter público no estatal*, como estructura institucional propia, de carácter político económico, cultural y social, tal como han sido reconocidos por la Ley 26.522²⁹.

III. CRITERIOS RECTORES: DE UNA CONCEPCIÓN MONOCULTURAL A UNA PLURICULTURAL

No obstante el reconocimiento constitucional (art. 75 inc. 17), el real ejercicio y goce de esa garantía aún conlleva en nuestro país, largos procesos de reclamos, administrativos primero y judiciales más tarde, con disímiles resultados, según las percepciones y concepciones del discurso y decisión judicial que se trate.

En la actualidad, existe una vasta y conteste jurisprudencia sobre el contenido normativo del derecho indígena a la tierra y al territorio indígena, que comprende e integra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria. Tanto los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos como los de Naciones Unidas han realizado una profusa tarea en tal sentido a través de sus informes y sentencias³⁰. Estos mandatos de los órganos de derechos humanos están dirigidos a todos los poderes del Estado, inclusive el Poder Judicial, el que debe tomar los recaudos necesarios para hacerlos efectivos.

Dentro de los criterios rectores de interpretación, las obligaciones que tienen los Estados frente al derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena, pueden identificarse los siguientes:

1. La posesión y la propiedad comunitaria indígena constituye un derecho humano básico y también un derecho colectivo preexistente

La posesión y propiedad comunitaria indígena, encierra una fase de derecho humano básico y también como derecho colectivo preexistente. La propiedad pertenece a la comunidad misma y no a los individuos que la integran. Además, existe un nexo inderogable entre la propiedad comunitaria y el trabajo, pues se halla vinculada a un sistema social de autogestión.

Los pueblos originarios son titulares de derechos colectivos, en tanto éstos sean indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En ese sentido reconocen el derecho de las poblaciones indígenas a su

²⁹ Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Reglamentada por Decreto N° 1225/2010 y Decreto N° 875/2011.

³⁰ CIDH, "La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas", 2000, pág. 12 y la nota N° 10).

actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguajes.

Dichos pueblos, tienen un vínculo especial con la tierra y sus territorios que los determinan como sujetos. 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”³¹.

2. La posesión y propiedad indígena como derecho colectivo

Como regla, los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. Los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate³².

Consecuencia de ello, la propiedad pertenece a la comunidad misma y no a los individuos que la integran, lo que requiere modificar la doctrina judicial que sostiene que no vulnera el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, la norma que estatuye que pueda existir propiedad privada, además del tipo comunitario, para garantizar y preservar el estilo de los pueblos indígenas, porque no impide el desarraigo o la migración voluntaria”³³.

Contrariamente a la norma proyectada para el Código Civil, se ha sostenido que cuando la propiedad comunitaria tiene su fuente en la ley no es necesaria su inscripción para su publicidad, en cambio cuando –según el mandato constitucional-, se entregan “otras tierras”, debe inscribirse para su posterior oponibilidad a terceros, ya que la propiedad comunitaria indígena es un derecho real autónomo aunque no es dominio, ni condominio, sino una propiedad especial³⁴.

No existe una transmisión hereditaria “mortis causae” a favor de quienes acrediten ser herederos conforme al Código Civil, sino un título supraindividual o colectivo de la comunidad indígena en cuanto derecho histórico suyo³⁵. En

³¹ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, sentencia dictada el 31 de agosto de 2001, cit., párr. 149.

³² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 13 de septiembre de 2007, art. 26.

³³ Corte de Justicia de Salta del 15/11/2000, in re “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Provincia de Salta”.

³⁴ IRAZABAL, Jorgelina, *Propiedad Comunitaria Indígena*, cit. pág. 23.

³⁵ “Paisman Rubén A. c/ C.A.P. s/ Amparo”, Juzg. de 1ª Inst. Civil, Com. y de Minería de Pico Truncado, Sta. Cruz, 24.03.2000.

consecuencia, corresponde hablar de “descendientes”, pero no son “sucesores” civiles con derecho hereditario. Se trata de sucesores históricos que, con o sin parentesco legal, han estado radicados y han trabajado las tierras comunitarias, no como un conjunto o conglomerado de herederos “civiles”, sino como un grupo conviviente indígena que “sucede”, prolonga y conserva la posesión comunitaria.

A su vez, el hecho de que un inmueble que se declare objeto de reconocimiento, si se encuentra registrado a favor de terceros, aun con base en una causa de adquisición que pudiere calificarse como título suficiente, no es *per se* obstáculo para que se defina la contienda del petitorio en favor de la comunidad indígena, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que el titular inscripto pudiere reclamar al Estado³⁶.

3. Aplicación de criterios probatorios adecuados para la demostración de la posesión ancestral

La ocupación tradicional, por su parte, interpreta el sentido de la definición de espacio territorial desde la cosmovisión indígena. Se delimita según criterios distintos de los alambrados o los mojones. Son las aguadas, las áreas de recorrido, los sitios de realización de ceremonias estacionales o rogativas, entre otros. Así, constituyen signos probatorios de posesión comunitaria ancestral, los sitios de asentamiento periódico, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios marcados en forma indeleble en la memoria histórica de estos pueblos.

El ejercicio de la posesión comunitaria, no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad. Cuando la norma constitucional exige que las tierras hayan sido ocupadas “tradicionalmente”, es evidente que ello sólo puede darse por la accesión de posesiones que los grupos ejercieron y se transmitieron, colectivamente, de generación en generación, hasta llegar a esta comunidad, que logra obtener recién, después de la modificación de la Constitución Nacional, su personería jurídica³⁷.

Con esos parámetros, para demostrar que una comunidad indígena poseyó y posee un inmueble *animus domini*, no sólo por más de veinte años, sino desde tiempos prehispánicos, se requiere un compromiso judicial activo en la adecuada valoración de la prueba, donde la testimonial se afiance con otros elementos

³⁶ “Ogilvie, John G. y otra c. Galván, Santiago y/u Ocupantes”, STJ de la Provincia de Río Negro, 07.02.2007.

³⁷ “Comunidad de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Prov. de Jujuy”, Cám. Civ. y Com. Jujuy, sala 1ª, 14/9/2001.

probatorios, tales como las investigaciones antropológicas de base y la inspección ocular del propio tribunal pudiendo constatar en forma directa la posesión comunitaria que se alega.

Por ello, se ha sostenido que *“resulta especialmente repugnante al nuevo derecho constitucional el reproche de una supuesta interversión unilateral del título por parte del indígena porque éste, de acuerdo con la nueva Constitución, siempre poseyó por y para la comunidad: el título fue siempre el mismo; no hubo cambio ni interversión alguna”*³⁸. El vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real. La causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado. El mismo Tribunal sostuvo que no podía afirmarse de manera inequívoca, como lo hizo el juez de la primera instancia y lo confirmó la Cámara, que *“los derechos invocados la comunidad indígena demandada sobre el inmueble sólo pertenecieran al pasado”*, sin haberse hecho mérito de elementos de prueba relevantes, vinculados con el origen de la posesión.

Con ello se ratifica la doctrina *in re* “Sede, Alfredo”, en función de la cual una simple acción de desalojo no resultará procedente para separar a los miembros de una comunidad indígena de su territorio tradicional, en tanto se estarían vulnerando tanto el principio de “preexistencia” de los pueblos indígenas como los derechos de “propiedad y posesión comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” reconocidos ambos expresamente por la Constitución. Esta doctrina judicial, ratifica la regla siguiente: *a)* los conflictos sobre posesión y propiedad indígena deben ser resueltos a la luz de la Constitución Nacional y de las leyes 23.302 sobre política indígena (decreto reglamentario 155/98) y 24.071 que regulan lo concerniente a los derechos de los aborígenes; y *b)* los títulos otorgados por las autoridades de un Estado que arribó al lugar, necesariamente, en forma posterior a la ocupación de los pobladores originarios, carecerán de validez frente al carácter de “preexistentes” que el mismo texto del artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional reconoce a los pueblos indígenas.

4. La propiedad comunitaria indígena es inalienable, indivisible, inembargable y no expropiable

La propiedad comunitaria indígena, por su naturaleza constitucional, debe poder perpetuarse como la comunidad a la que sirve, por lo que es inalienable, indivisible e inembargable. Por tales razones, existe el impedimento de enajenarlas,

³⁸ “Sede, Alfredo y Otros c/ Vila, Herminia y otros/ Desalojo”, Juzg. de 1^º Inst. Civil y Com. N^º 5. de Bariloche, 12.08.2004.

transmitirlas, gravarlas o embargarlas³⁹, incluyendo la prohibición de cualquier medida, incluso judicial, que origine, o sea susceptible de originar, el desalojo, la desocupación o la expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras.

No obstante la especial naturaleza de la propiedad comunitaria, no están ausentes ciertas leyes provinciales que, bajo el pretexto de creación de reservas naturales protegidas y –sin exceptuarlas de la norma-, han afectado al dominio público –mediante declaración de utilidad pública-, zonas en la que existen asentamientos de comunidades indígenas con título de propiedad comunitaria⁴⁰. En otros casos, la creación de áreas protegidas, no ha sido impedimento para que en el marco del respeto de las garantías constitucionales, se creara “un conglomerado habitacional intercultural, ambientalmente sustentable”. Si bien la finalidad de la cesión de tierras nacionales, fue “el reconocimiento del territorio a las comunidades de pueblos originarios que lo ocupan tradicionalmente”, dicho establecimiento en el inmueble de propiedad comunitaria tiene como límite que *“ninguna persona podrá invocar derechos posesorios o de dominio distintos a los de la propiedad comunitaria Curruhuinca. Los derechos emergentes de la cesión otorgada a los beneficiarios son exclusivos, están fuera del comercio y únicamente serán transmisibles a título universal, de lo contrario revertirán a la Comunidad Curruhuinca con todas sus mejoras, sin derecho a su cobro”*⁴¹.

La experiencia normativa anterior, no justifica desconocer la creciente utilización de la figura de las “reservas naturales protegidas” como artilugio para limitar los derechos territoriales indígenas, como *“una nueva y sofisticada forma que han adoptado los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas para obstaculizar el reclamo de territorio de pueblos originarios [...] siempre arropados bajo formas legales y hasta invocando fines tan puros como la conservación del medioambiente”*⁴².

³⁹ Cám. de Ap. en Doc. y Locac. de Tucumán, sala I, *in re* “De Zavalía Aguilar, F. c. Comunidad de Amaicha del Valle, 05.11.2007.

⁴⁰ Vid. art. 2º de la ley Nº 1471 de Formosa.

⁴¹ En el caso (Ley Nº 26.725), se trata de un área protegida, sometida al régimen de “co-manejo”, entre la Administración de Parques Nacionales y las comunidades indígenas.

⁴² Corte IDH, “Caso de la Comunidad Kákmok Kásek c. Paraguay párr. 169.

5. Seguridad jurídica de tierras y territorios, protegiendo el hábitat indígena y evitando las actividades ilegales de terceros⁴³.

La obligación de garantizar la seguridad jurídica de la tenencia de tierras y territorios, supone –entre otras cargas-, evitar expulsiones forzadas de las comunidades indígenas. Sin embargo, en la práctica judicial, es frecuente que esas obligaciones se traduzcan en enunciados meramente retóricos, principalmente cuando se trata de los frecuentes casos de desalojos de comunidades indígenas de sus territorios.

El despojo y usurpación de las tierras de los pueblos indígenas se mantiene hasta nuestros días⁴⁴. Existen tierras reconocidas a través de pactos y tratados del siglo XIX, territorios reconocidos legalmente a las comunidades indígenas, pero luego desconocidos al conformarse las direcciones provinciales de colonización o de tierras, ante la necesidad de entregarlas a través de planes de colonización. Hay también adjudicaciones de tierras fiscales –los denominados “fiscaleros”- otorgándose títulos sobre tierras ocupadas por pueblos indígenas, lo que genera prácticas de desalojo sistemático.

La creciente conflictividad social en torno al acceso, explotación y especulación de recursos naturales renovables y no renovables, han convertido a los grupos representantes de comunidades indígenas, en objeto de violencia y desalojos forzosos de sus tierras ancestrales en varias provincias. Lo anterior sigue ocurriendo, no obstante que los Estados, al ratificar la CADH, asumen el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos y proteger a las personas bajo su jurisdicción, protegiendo la integridad física y la vida de los miembros la comunidad y de prevenir la criminalización y la violencia. Los persistentes patrones de violencia contra comunidades indígenas en Argentina ha sido motivo de preocupación para distintos órganos de derechos humanos de la ONU. Así, el Comité de Derechos Humanos en su evaluación para Argentina del año 2010 remarcó: *“25. El Comité muestra su preocupación frente a informaciones con arreglo a las cuales grupos indígenas han sido objeto de violencia y desalojos forzosos de sus tierras ancestrales en varias provincias, por razones vinculadas al control de recursos naturales”*⁴⁵.

De modo coincidente, el mismo año 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial puntualizó: *“El Comité urge al Estado parte a que tome las*

⁴³ Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, párr. 153 y Corte IDH, “Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname”, párr. 115.

⁴⁴ “Guarda Fidel s/usurpación”, Juzgado de Instruc. en lo Criminal y Correc. Nº 2, Sec. Nº IV; San Carlos de Bariloche, 10.11.2004.

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, 98º período de sesiones, Argentina, 26 de marzo de 2010.

medidas necesarias para frenar los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda (...). Asimismo, urge al Estado parte a investigar y sancionar a los responsables de muertes y heridos en los desalojos forzados en las provincias”⁴⁶. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fines del año 2011 expresó: “Preocupa al Comité la persistencia de las amenazas, los desplazamientos y los desalojos violentos de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales en numerosas provincias. El Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento libre, previo e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (art. 75) y del Convenio N° 169 de la OIT”⁴⁷.

Con anterioridad, ya la Relatora Especial, en su Informe de conclusiones y recomendaciones manifestó⁴⁸: “Los casos de desalojo en medio rural afectan comunidades indígenas y campesinas y estarían en gran medida relacionados con la falta de titulación de territorios indígenas y con conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en áreas indígenas y campesinas”. La Relatora Especial nota también con preocupación cómo en muchos de los desalojos y contrariamente a los estándares internacionales en la materia no hay presencia de funcionarios del gobierno y cómo los jueces no prevén medidas de control en la ejecución de las órdenes de desalojo que libran”.

6. Recursos naturales y ambiente: libre determinación, participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado

De acuerdo a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 17: “Corresponde al Congreso: “Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”. Este deber de garantizar a los pueblos indígenas, la consulta y participación efectiva frente a restricciones a los derechos de propiedad comunitaria, en relación con cualquier proyecto o inversión forestal, minero o de cualquier naturaleza, implica realizar un esfuerzo por obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas⁴⁹.

⁴⁶ Comité para la Eliminación Racial, 76º período de sesiones Argentina, U.N. Doc. CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), p. 21.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 47º período de sesiones, Argentina, 14.12.2011, párr. 8 y 9.

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones, sobre su misión a Argentina, 13 a 21 de abril de 2011.

⁴⁹ CIDH, “Mary y Carrie Dann c. EEUU”, cit., puntos 140 a 142.

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

El consentimiento libre previo e informado requiere garantizar la *participación previa, efectiva e informada* de los pueblos y comunidades indígenas -actual o potencialmente afectados-, en la realización de estudios previos de evaluación de impacto social y ambiental.

De acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), los criterios que se establecen, como lineamientos para guiar el cumplimiento del derecho de participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado por parte pueblos y comunidades indígenas, comprende sintéticamente, los siguientes estándares:

a) Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos (art. 29).

b) Los Estados deberán adoptar medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 29).

c) 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 (art. 29).

d) Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art.29).

e) Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para

mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (art. 29).

f) Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (art. 19).

V. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, EN LA DOCTRINA JUDICIAL RECIENTE

El consentimiento libre previo e informado consiste en la manifestación colectiva de los pueblos originarios a decidir acerca de la utilización, administración y conservación de los bienes y recursos naturales en territorio indígena. De acuerdo a la reciente jurisprudencia, pueden inferirse algunos criterios en el razonamiento judicial, que examinan los hechos que fundamentan la pretensión de las comunidades indígenas e interpretan las disposiciones procesales en armonía con el diseño procesal específico que la Ley General del Ambiente ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva.

En algunos casos, el análisis parte de la regla que en toda decisión judicial relativa a una pretensión basada en los principios de prevención y precautorio, la plataforma fáctica predeterminada y todo el proceso queda sometido a las normas sustantivas y procesales de la LGA⁵⁰, cumpliendo sus normas y disposiciones la función hermenéutica específica que poseen para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, las cual mantendrán su vigencia en cuanto no se opongan a los principios y disposiciones contenidas en ésta (art. 3º).

Resaltan las decisiones judiciales en acciones de cese de actividades iniciadas sin procedimientos preventivos ambientales, donde cobran mayor relevancia la función de las evaluaciones de impacto ambiental y social (EIA) y en especial, de los procesos de consulta o audiencia pública previas. En algunos casos, cuando la pretensión tiene por objeto la suspensión de la actividad en ejecución, que no ha obtenido licencia ambiental mediante la aprobación de la EIA previa, se configura un supuesto en el que la dilucidación de la controversia sometida a decisión judicial está condicionada a una cuestión de puro derecho: *“constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente*

⁵⁰ La LGA al fijar los presupuestos mínimos establecidos en el art. 41 de la CN, ha introducido normas procesales que también se han considerado presupuestos mínimos, teniendo presente que el legislador nacional puede detraer excepcionalmente materias propias del derecho común o local y establecer sobre ellas la jurisdicción federal, con el propósito de asegurar la eficacia de la legislación federal (Fallos 292:534; 296:343; 307:1457).

controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional”⁵¹.

En otros casos, la impugnación ha tenido por objeto el acto administrativo aprobatorio de la EIA, por vicios en su procedimiento⁵². Las deficiencias impetradas, motivaron que el Tribunal requiriera un estudio de impacto ambiental *acumulativo* respecto de las autorizaciones otorgadas, por cuanto estaba acreditado que a los fines del otorgamiento de autorizaciones para tala y desmonte, se tomó en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se efectuó ningún estudio relativo a su efecto acumulativo, y que muchas de las áreas pueden ser ahora categorizadas como de alto valor de conservación, configurando una situación de peligro de daño grave e irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio, que obligaba a suspender las autorizaciones referidas.

La doctrina judicial mantenida desde la reforma constitucional, en materia de defensa de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, comprende sintéticamente, los siguientes lineamientos:

1. Incumplimiento de EIA previa y participación indígena en los debates parlamentarios de una ley: Es improcedente el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia que declaró inconstitucional la ley 5285 de bosques de la provincia del Chaco por, haber sido sancionada sin el estudio del impacto ambiental previo y sin otorgar participación a los aborígenes ni a los pobladores rurales en el debate parlamentario, pues las alegaciones vertidas por el recurrente no han logrado demostrar que para la sanción de dicha normativa se haya cumplido con el procedimiento impuesto por las constituciones de la Nación y de la Provincia, ni cumplido con los recaudos contenidos en la normativa nacional y supranacional a la que adhiriera nuestro país⁵³.

2. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas: Se configura un riesgo presunto o daño temido si se avanza con el

⁵¹ CSJN in re “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Sec. de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, 11.07.2002, ratificada el 08.09.2003.

⁵² CSJN in re “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 26.03.2009.

⁵³ STJ de la Prov. de Chaco: “Asociación Comunitaria Nueva Pompeya y otras c. Instituto de Colonización del Chaco”, 25/02/2008.

“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 cultural⁵⁴.

3. Medida cautelar de prohibición de innovar respecto a una concesión minera: Aún cuando el Tribunal Superior de Justicia resulta incompetente en razón de la materia, para entender en la acción interpuesta por una comunidad indígena con el objeto de obtener la declaración de inexistencia y, subsidiariamente, la nulidad de un contrato de exploración con opción a compra de una mina, corresponde acoger la medida cautelar de prohibición de innovar respecto de la propiedad minera, pues el compromiso de los derechos que surgen involucrados en el caso (propiedad comunitaria del territorio, de consulta, de participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, de la protección y preservación del medioambiente en el territorio) requieren acordar una tutela judicial efectiva⁵⁵.

4. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas: El objeto de este amparo es hacer efectivos los derechos de participación y consulta de la Comunidad Aborigen Piedra Negra, con relación al Proyecto “Central de Generación Eléctrica a Gas Natural Piedra Negra-La Quiaca”, a fines de que la misma pueda expresar el consentimiento previo, libre e informado⁵⁶. En los términos del Convenio 169 de la OIT, la utilización del término tierras, deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Si ello es así, aparece esta Comunidad, legitimada activamente para reclamar ese derecho de participación y conocimiento informado en la obra planificada, haciendo operativo el derecho de la Comunidad a evaluar el impacto que dicho proyecto tiene para sus intereses, expresando su consentimiento libremente y con pleno conocimiento⁵⁷.

⁵⁴ “STJ de la Provincia de Río Negro c/ CO.DE.CI de la Provincia de Río Negro”, 16/08/2005, en: LA LEY 2006-C, 223.

⁵⁵ “Comunidad Mapuche Mellao Morales c/ Corp. Minera del Neuquén S.E. s/ acción proc. Adm.”, TSJ de Neuquén, 28.10.2009.

⁵⁶ Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial de Jujuy, in re “Amparo: Gerónimo Severino- Comunidad Aborigen Piedra Negra c/ EJESA”, 19.08.2011. En igual sentido Vid. “Pilquiman, Crecencio” sentencia de 04/02/2008 (Cám. de Apelac. de Trelew sala A.

⁵⁷ Sala 1ª de la Cám. Civil y Com. de Jujuy, in re “Gerónimo Severino- Comunidad Aborigen Piedra Negra c/ EJESA”, 19.08.2011.

5. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas: El derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación⁵⁸. La consulta constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones⁵⁹.

6. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los proceso de EIA: Resulta arbitraria la simplificación del tema al cumplimiento de los requisitos para la actividad de desmontes, mediante el cumplimiento de las normas técnicas para la conservación de suelos, si por el contrario, era menester verificar si con el otorgamiento del permiso de desmonte se afectaban o no los derechos de la comunidad indígena reclamante que había denunciado que los desmontes iniciados resultaban perjudiciales para la comunidad que sobrevive del monte y sus recursos, solicitando que para el caso en que no se tuviera conocimiento de la situación de la comunidad Hoktek T'Oi, se suspendieran las tareas y se solicitasen los estudios de impacto en la flora, fauna, suelo, clima y sobre todo, el impacto cultural y humano, con invocación de normas legales y constitucionales⁶⁰.

7. Supervivencia e integridad de los pueblos indígenas: Corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada, por el Instituto del Aborigen Chaqueño, a fin de que se ordene a la Provincia del Chaco implementar políticas activas tendientes a resolver la grave situación social y económica de los pueblos indígenas ya que, ha mediado una conducta ilegítima de la demandada consistente en la omisión de los

⁵⁸ "Comunidad Mapuche Catalán y Conf. Indígena Neuquina c. Provincia de Neuquén", TSJ de la Prov. de Neuquén, 25/10/2010.

⁵⁹ Cfr. ANAYA, S. James, Relator Especial de Naciones Unidas, en "Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", abril de 2009, párr. 40).

⁶⁰ CSJN: "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Sec. de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación", 08/09/2003 (Fallos 326:3258).

derechos constitucionales de tales pueblos, por falta de cumplimiento en tiempo oportuno de las medidas tendientes a efectivizarlos⁶¹.

8. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA: Cabe hacer lugar a la acción de amparo deducida por una comunidad indígena a fin de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad, como también en la audiencia pública, la cual se llevó a cabo sin la traducción a la lengua wichi y sin la presencia de los amparistas, demuestran que lo actuado desconoce los arts. 41, 43 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales suscriptos por nuestro país⁶².

9. Medida cautelar innovativa respecto a una concesión minera: Procede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo y/o exploración y explotación minera a cielo abierto y/o las que utilicen sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, y otras sustancias tóxicas similares en sus procesos, especialmente las referidas al uranio y se revoquen los concedidos o en trámite, en la zona de la quebrada de Humahuaca de esta Provincia, declarada Patrimonio Mundial de la Humanidad por la UNESCO y donde el hombre vive y transita con una enorme herencia cultural en medio de un paisaje natural extraordinario constituido a lo largo de 10 mil años de historia⁶³.

10. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA: Cabe convocar a audiencia pública en el marco de la acción de amparo iniciada por una comunidad aborígena a fin de que se condene a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta, y, en consecuencia, puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, pues se omitió la consulta previa, información y participación en los expedientes administrativos en trámite en los que se habrían

⁶¹ "Instituto del aborígena chaqueño (I.D.A.CH.) y pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocovi c. Gobierno de la provincia del Chaco y/o quien resulte responsable", Juzgado Civil y Comercial Nº 6 de Resistencia, 04/12/2008.

⁶² "Comunidad Eben Ezer c. Everest S.A. y otros - Amparo – Rec. de apelación", Corte de Justicia de la Prov. de Salta, 21/06/2007.

⁶³ "Leaño, Julia Rebeca y otros c/ Estado Provincial", Trib. Cont. Adm. de la Provincia de Jujuy, 13/04/2009.

otorgado los permisos⁶⁴, por cuanto para tales comunidades las salinas constituyen un ecosistema único que se encuentra dentro de sus propios territorios, el cual les provee de los recursos naturales de uso común que son necesarios para su subsistencia.

11. Supervivencia e integridad de los pueblos indígenas: Acreditada la verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, corresponde ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios⁶⁵.

12. Supervivencia e integridad de los pueblos indígenas: Resulta competente la justicia local, en la causa donde se investiga la denuncia formulada por el Cacique General y otros integrantes del Pueblo Mbya Guaraní de esa provincia, en la cual se imputa el delito de genocidio, cometido tanto por el titular como por otros funcionarios del Poder Ejecutivo provincial, en razón de que, incumpliendo sus obligaciones, abandonaron a la comunidad y la colocaron en una situación de riesgo que la lleva a su extinción. Asimismo, denuncian irregularidades en el manejo de los fondos nacionales e internacionales destinados a la asistencia de ese grupo étnico⁶⁶.

13. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas: Debe hacerse lugar a la convocatoria a una audiencia pública informativa solicitada por la Confederación Indígena Neuquina, disponiendo la presencia e intervención de los denominados “amigos del Tribunal”, pues la adopción de mecanismos de participación constituye una efectiva herramienta de acceso a la jurisdicción y un mecanismo de control social difuso sobre la actividad del Tribunal en su propia sede, a la vez que contribuye a que el público en general y los litigantes en particular sean puestos en condiciones de comprender mejor el funcionamiento de la justicia⁶⁷.

14. Inobservancia de las disposiciones relativas a la forma en que deben ser notificados los pobladores indígenas: La omisión de dar cumplimiento con la notificación impuesta, en salvaguarda de los derechos fundamentales de los

⁶⁴ CSJN: “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Prov. de y otros/amparo”, 27/12/2011, Fallos 334:1861.

⁶⁵ “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/09/2007.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Ramos, Lorenzo”, 24/10/2006.

⁶⁷ TSJ de la Prov. de Neuquén, in re “Comunidad Mapuche Catalan y Conf. Indígena Neuquina c. Prov. de Neuquén”, 24/11/2009.

pobladores aborígenes, ha impedido ciertamente que éstos tuvieran la adecuada oportunidad de hacer conocer sus opiniones en defensa de los derechos que esgrimen sobre las tierras que integran el objeto de la acción de amparo. De tal manera, la inobservancia de las disposiciones relativas a la forma en que deben ser notificados los pobladores aborígenes, constituye una violación de la garantía del debido proceso adjetivo impuesto como un principio fundamental del procedimiento administrativo y en consecuencia, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo provincial que se practiquen, en debida forma, las notificaciones de los ocupantes relevados, es decir mediante notificaciones personales y en la respectiva lengua aborígen⁶⁸.

15. Ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los proceso de EIA: Corresponde la suspensión de la venta de lotes fiscales, si la comunidad indígena sobrevive de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, gracias al amplio monte y a la gran diversidad de especies existente en los lotes fiscales de referencia, y asimismo, el proceso licitatorio no cumplió con el mecanismo impuesto por la ley mencionada, en tanto se pusieron en venta los lotes sin la compensación previa de áreas protegidas y sin hacerse un estudio de impacto ambiental y social previo⁶⁹.

16. Inobservancia de las disposiciones relativas a la forma en que deben ser notificados los pobladores indígenas: Los pueblos originarios deben ejercer sus derechos en pie de igualdad que los demás miembros de la población. Igualdad no es tratar de la misma manera a los desiguales. No puede pretenderse que este pueblo rural, que ejerce el pastoreo en la Puna jujeña, se notifique de las actuaciones administrativas cumplidas en el territorio que habita, a través de edictos⁷⁰.

VI. RELACIÓN CONCLUSIVA

No obstante la importante transformación de las últimas décadas, la situación jurídica de los pueblos originarios como titulares de derechos colectivos, persiste una brecha entre la enunciación y la aplicación, tanto a nivel nacional como provincial, lo que demuestra que la interculturalidad, así como la proclamada operatividad de la cláusula constitucional, distan de ser metas alcanzadas u objetivos de próxima realización.

⁶⁸ "Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat v. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta", CSJ de Salta, 08.05.2007.

⁶⁹ CSJN, *in re* "Comunidad Indígena Eben Ezer v. provincia de Salta -Ministerio de Empleo y la Producción", cit. ult.

⁷⁰ Sala 1ª de la Cám. Civil y Com. de Jujuy, *in re* "Amparo: Gerónimo Severino- Com. Aborígen Piedra Negra c/ EJESA", 19.08.2011.

Nuestro régimen jurídico procesal aún mantiene sutiles, pero efectivos mecanismos diversos de imposición/dominación/despojo que acuñaron el rechazo de las diferencias, conjugados con la negación y/o el ocultamiento de la existencia de los pueblos indígenas, acumulando injusticias, desigualdades, exclusiones y conflictos.

La (re)construcción de la noción de jurídica de “territorio” indígena, como “espacio territorial”, como mecanismo para la protección del derecho a la identidad, requiere pasar de un sistema jurídico basado en la “integración”, a uno “inter y pluricultural”. Requiere además de fundar nueva ciudadanía, reconstruir la “espacialidad territorial” de los pueblos y comunidades indígenas, porque condiciona el núcleo de su sistema social y la destrucción de su vida como cultura singular.

Se trata de un nuevo paradigma en la relación de los Estados con las comunidades indígenas, que genera la obligación de completar el pasaje de una política tradicionalmente asimilacionista y asistencialista, hacia una política de Estado que reconozca a dichos pueblos en su identidad diferente y que le permita existir y legar a las generaciones futuras sus propias pautas de organización social y política, su propia cosmovisión del mundo y su forma de vida.

Los pueblos indígenas excluidos no reclaman inclusión sino reconocimiento, justicia, trato equitativo y horizontalidad en las relaciones. Por eso no se trata de incluir, sino de construir, ciudadanía y Estado nuevo, plurinacional e intercultural.

Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la jurisdicción, entraña la legitimación a nuevas relaciones de poder y ciudadanía, donde esas distintas cosmovisiones resignifican el valor del proceso judicial y construyen nuevos sentidos de un proceso que se nutre de un nuevo *ethos*, de modo tal que los derechos y garantías de las comunidades indígenas, no resulten retóricas, sino prácticas, reales y útiles.

Ello, requiere una reflexión y discusión jurídica abierta, sobre dominios epistemológicos, éticos y políticos, en la que no estarán ausentes los conceptos y diferentes concepciones de justicia, pluralismo y democracia.