

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Cuadernillo 8

Derechos de los pueblos indígenas

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018)



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

Derechos de los pueblos indígenas

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
(2012 - 2018)

Dirección General de Derechos Humanos

Edición: Dirección de Relaciones Institucionales

Diseño: Dirección de Comunicación Institucional

Publicación: Octubre 2018

2018

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Derechos de los pueblos indígenas

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018)

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. INTRODUCCIÓN	11
III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	18
A) Derecho a la consulta y participación	18
B) Derecho a la propiedad comunitaria indígena	33

I. PRESENTACIÓN

Es una enorme satisfacción presentar esta colección de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas de derechos humanos. La colección pretende ser un insumo de trabajo para la tarea de los/as fiscales y de todos/as los/as integrantes del Ministerio Público; así como de aquellos/as interesados/as en reflexionar sobre la incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.

Esta publicación compila, analiza y sistematiza los dictámenes más relevantes elaborados por la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años (desde el 2012), y se actualiza periódicamente.

Los dictámenes seleccionados se encuentran clasificados por tema o derecho, y cada cuadernillo incluye una introducción sobre los principales estándares que surgen de instrumentos internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en la materia. El análisis de cada dictamen comienza con una síntesis de la causa llevada a conocimiento de la Corte Suprema, y luego transcribe textualmente los fragmentos del dictamen que exponen los desarrollos jurídicos del derecho bajo estudio. Corresponde advertir que las transcripciones textuales de las partes pertinentes de los dictámenes no siguen el orden original del documento; por eso, se cita siempre la referencia al dictamen completo, para el/la lector/a que lo precise. También se informa si a la fecha la Corte Suprema se ha expedido en el caso, y en ese supuesto, qué ha resuelto.

La colección se inauguró con el cuadernillo dedicado a la temática de libertad de expresión y acceso a la información pública, repasando dictámenes vinculados con conflictos con los derechos al honor, la intimidad y la imagen; con debates surgidos por el uso de *Internet*; dictámenes en casos en que las expresiones cuestionadas tienen un fin comercial; pronunciamientos en los que estuvo en discusión el alcance del derecho a la manifestación y asociación; y en los que se analizó el deber estatal de garantizar la pluralidad de voces y evitar la concentración de los medios de comunicación; entre otros.

El segundo cuadernillo se destinó al derecho a la igualdad y a la no discriminación, y contiene dictámenes en los que se ponderó la irrazonabilidad de restricciones basadas, por ejemplo, en la orientación sexual de una persona; así como otros en los que se definió el deber de adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres, tanto por parte de privados como de las autoridades públicas.

El tercer ejemplar analizó exclusivamente los dictámenes emitidos en casos vinculados con los derechos de las personas con discapacidad; en éstos se examinó el alcance de las obligaciones que surgen a partir del nuevo modelo social de la discapacidad, como el deber de brindar medidas especiales de apoyo y realizar ajustes razonables a las políticas públicas.

El cuarto cuadernillo compiló diversos dictámenes en los que el Ministerio Público Fiscal se expidió sobre el alcance del derecho al debido proceso. Entre otros, reúne pronunciamientos sobre el derecho a un juez imparcial y a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

Por su parte, el derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género fue la temática elegida para el quinto número de la colección. Allí se agrupan dictámenes ante la CSJN en los que se desarrollaron estándares sobre la obligación del Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y contra el colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

El sexto ejemplar abarcó la temática de los derechos económicos, sociales y culturales. Concentra dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que incluyen estándares sobre el derecho a una vivienda adecuada, a la salud, al trabajo y a la previsión social, a la vez que recoge pronunciamientos relativos al goce de derechos sociales por parte de determinados grupos objeto de protección especial, tales como las personas con discapacidad y las personas migrantes.

El séptimo cuadernillo estuvo dedicado a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En él se sistematizan dictámenes que receptaron estándares sobre el principio del interés superior del niño y su aplicación por parte de los tribunales; el derecho a ser oído, a gozar de una tutela judicial efectiva y los derechos específicos de los niños y niñas en conflicto con la ley penal. También incluye dictámenes sobre el derecho a preservar la identidad, al respeto de los derechos económicos, sociales y culturales y sobre los derechos de niños y niñas con discapacidad, entre otros.

Este octavo número del compendio corresponde a los dictámenes del Ministerio Público Fiscal sobre derechos de los pueblos indígenas. Contiene casos en los que se abordó el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectarlos. Asimismo recoge dictámenes que analizaron los alcances del derecho a la propiedad y posesión comunitaria indígena y a los recursos naturales.

La colección continuará con ejemplares destinados a presentar los dictámenes sobre derechos de las personas migrantes, el derecho a la protección judicial, y el derecho a un medio ambiente sano, entre otras temáticas.

Las tareas emprendidas para concretar esta obra responden a una de las líneas estratégicas de la Dirección General de Derechos Humanos, que tiene como misión principal colaborar con los/as fiscales, así como con las diferentes áreas y dependencias del organismo para asegurar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales. Esta colección que, como dije, se actualiza periódicamente, ha sido el fruto del trabajo de todo el equipo de la Dirección, bajo la coordinación de María Victoria Meza en los primeros ejemplares y de Juan Esteban Antoniassi más recientemente. A todos/as ellos, mi reconocimiento.

Finalmente, este compendio resulta una oportunidad para resaltar la labor de la Procuración General de la Nación en la tarea de dictaminar ante la Corte Suprema. Los dictámenes son una parte esencial del proceso para que el máximo Tribunal decida en la causa. Pero un dictamen es mucho más que una simple opinión fundamentada: en ese documento, el Ministerio Público Fiscal representa los intereses generales de la sociedad en el caso concreto y en el debate público sobre ese conflicto en general. Por ello, los desarrollos jurídicos que se incorporan en cada uno de estos pronunciamientos constituyen un paso fundamental en la protección de los derechos humanos.

Esperamos entonces que la publicación pueda ser aprovechada por todos/as.

Andrea Pochak

Directora General de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran consagrados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por un lado, el artículo 75 inciso 17 de la CN reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, y establece derechos específicos como la identidad cultural, la educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de las comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y el derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten. A la vez, los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 de la CN) también contemplan con mayor o menor desarrollo derechos de los pueblos indígenas. Entre éstos, podemos mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII, DADH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en particular arts. 3 y 21, CADH); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 y 27, PIDCP); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 y ss., CERD); y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12 PIDESC).

A ellos deben sumarse tres instrumentos internacionales especialmente dedicados a la temática: el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado mediante la ley n° 24.071; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007 —en adelante, Declaración de Naciones Unidas—; y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2016 —en adelante, Declaración Americana—.

Al interpretar los instrumentos internacionales, los distintos órganos de supervisión de derechos humanos han promovido el *paradigma de la protección de la diversidad cultural*. Este paradigma parte de la premisa de que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una cultura superior a otra. Según este principio, se debe respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus sistemas normativos (su derecho a su derecho); así como es fundamental el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad).

El paradigma de la protección de la diversidad cultural quedó plasmado definitivamente en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, no sólo mediante la jerarquización de los instrumentos de derechos humanos sino por la incorporación del artículo 75 inciso 17, y la derogación de la antigua disposición del art. 67, inc. 15 de la Constitución de 1853 que le ordenaba al Congreso Nacional “Proveer la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Además de la normativa constitucional y supralegal, deben mencionarse dos leyes nacionales: la ley n° 23.302 sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades, a través de la cual se reconoció

personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país; y la ley n° 26.160 (y sus sucesivas prórrogas) que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas.

Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han prestado especial atención a los derechos de los pueblos indígenas, lo que ha permitido contar con una interpretación integral de los principios y obligaciones generales que se derivan del *corpus* de derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. A continuación, haremos referencia principalmente a los desarrollos conceptuales realizados por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos —esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)— vinculados con los derechos que se abordan en los dictámenes que se comentan. Asimismo, se citará la interpretación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto del Convenio n° 169.

En primer lugar, es importante señalar que para el derecho internacional de los derechos humanos es particularmente relevante poder determinar cuál es el grupo de personas que conforman un “pueblo indígena” y que, por lo tanto, es titular de estos derechos específicos. Ello, a pesar de que no existe una definición precisa de “pueblo indígena” ni es necesaria esta definición a efectos de proteger sus derechos humanos (cf. OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, Programa para promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9).

Entre los criterios a tener en cuenta para precisar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar “pueblo indígena”, se señalan elementos objetivos y subjetivos. Los *elementos objetivos* incluyen: la continuidad histórica —esto es, sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización—; la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; e instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. Por su parte, el *elemento subjetivo* corresponde a la auto-identificación colectiva del grupo en tanto pueblo indígena (cf. OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”, cit., pág. 9). Al respecto, para la Corte IDH, la identificación de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”, por lo cual es la propia comunidad la que identifica su nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos puedan controvertirlo (cf. Corte IDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 37).

En cuanto a los denominados “pueblos tribales”, según la definición de la Corte IDH, se trata de pueblos “que no [son] indígena[s] a la región [que habitan] pero que comparte[n] características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y

estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párr. 79). Para el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros, al mantener sus formas de vida tradicionales basadas en un vínculo especial con sus tierras y territorios (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 30 diciembre de 2009, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09, párr. 34).

Los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen derecho, por un lado, a gozar de modo efectivo de todos los derechos humanos, *en pie de igualdad con el resto de la población* (cf. art. 1.1 de la CADH; arts. 1 y 2 de la Declaración de Naciones Unidas). En consecuencia, los Estados están obligados a adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La CIDH ha reconocido que la adopción de estas medidas positivas se fundamenta en la mayor vulnerabilidad de estas comunidades, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos; a la vez que ha destacado que esta obligación se acentúa cuando se trata de niños y niñas o de mujeres indígenas, puesto que su nivel de vulnerabilidad es aún mayor (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 49).

Por otro lado, los pueblos indígenas tienen *derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural*, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral. Este patrimonio cultural debe ser protegido, preservado y desarrollado para su continuidad colectiva, y para poder ser transmitido a las generaciones futuras (cf. art. XIII de la Declaración Americana; arts. 2, 8 y ss. de la Declaración de Naciones Unidas; y art. 2 del Convenio n°169 OIT). La Corte IDH tiene dicho que el derecho a la identidad cultural “es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” (Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 217).

Asimismo, los pueblos indígenas tienen *derecho al reconocimiento de la personería jurídica*, no solamente en relación con los miembros individuales de las comunidades sino del pueblo como un todo (cf. art. IX de la Declaración Americana; art. 3 de la CADH). En efecto, según la Corte IDH “el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales (... y) es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria” (Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, cit., párr. 172).

A este respecto, la CIDH ha advertido que si bien los mecanismos oficiales para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas pueden convertirse en mecanismos efectivos para proveer seguridad jurídica, esos reconocimientos tienen un efecto meramente declarativo, y no constitutivo, sobre la existencia de los pueblos y comunidades indígenas y de sus formas tradicionales de autoridad. A la vez, ha señalado que el proceso de reconocimiento oficial de los pueblos indígenas a través del otorgamiento y registro de su personalidad jurídica no puede ser considerado una barrera para que éstos puedan disfrutar plenamente de sus derechos (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 375). En tal sentido, para la Corte IDH, el derecho a la personería jurídica, además de ser un derecho autónomo, reviste un carácter instrumental, pues resulta esencial para el ejercicio de otros derechos (cf. Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 94).

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido ampliamente *el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios*. Así, el Convenio n°169 de la OIT establece de modo expreso el deber estatal de “salvaguardar el derecho de los pueblos [indígenas] a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, prestando particular atención a los casos de los pueblos nómades y los agricultores itinerantes (art. 14.1). En igual sentido, la Declaración de Naciones Unidas dispone que “los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (art. 26.2). A la vez, la Declaración Americana determina que tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido (art. XXV).

Para los órganos del sistema interamericano, el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios se encuentra protegido por el derecho a la propiedad consagrado en los artículos XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y 21 de la CADH. Estas cláusulas consagran la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, relación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, que se emparenta con la existencia misma de los pueblos (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párrs. 55-57; y Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 145, entre otros).

Al interpretar el art. 21 de la CADH, la Corte IDH ha dicho que “...entre los pueblos 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. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la

concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas” (Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 145).

El *derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas* implica el reconocimiento de un título colectivo de propiedad sobre esas tierras. Esta obligación ha sido reconocida tanto por la CIDH como por la Corte IDH (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 65; Corte IDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, cit., párr. 109; y “Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, cit., párr. 194(a); entre otros).

Respecto del *alcance geográfico del derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena*, en principio, se extienden sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial, esto es, un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales (cf. Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 153; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 135).

A su vez, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad de sus territorios debe tener *seguridad jurídica*. En este sentido, según la Corte IDH el título jurídico de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra “debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica” (Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, cit., párr. 115).

Los pueblos indígenas y sus miembros también tienen *derecho a la delimitación y demarcación de su territorio* por parte del Estado (cf. Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, cit., párr. 153). Sobre este aspecto, la CIDH ha sostenido “que la obligación del Estado de reconocer y garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad comunal por los pueblos indígenas necesariamente exige que el Estado delimite y demarque efectivamente el territorio que abarca el derecho de propiedad del pueblo indígena o tribal correspondiente y adopte las medidas correspondientes para proteger el derecho del pueblo respectivo en su territorio, incluido el reconocimiento oficial de ese derecho” (CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 271).

Asimismo, los pueblos indígenas tienen *derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación*

de sus territorios ancestrales como parte del derecho a la propiedad comunitaria (CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 107). En un mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH, que ha explicado que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y que “la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro” (Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 128.).

Ahora bien. Según el derecho internacional, la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena. Los pueblos indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial mantienen sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su restitución efectiva. Así lo ha establecido la Corte IDH en casos como “Comunidad Indígena Sawhoyamaya” (Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 126).

El tribunal regional también ha reiterado que el *derecho de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral* —de conformidad con su derecho consuetudinario y sus sistemas de propiedad comunal— forma parte del derecho a la propiedad amparado bajo el artículo 21 de la Convención Americana (Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C N° 185, párr. 48).

Los pueblos indígenas y tribales tienen asimismo *derecho a la protección de conflictos con terceros por la tierra*. Según la CIDH, existe un “deber estatal de priorizar (...) los derechos de los pueblos indígenas en casos de conflicto con derechos de propiedad de terceros, en la medida en que los primeros están vinculados a la supervivencia cultural y material de estos pueblos”, a la vez que aclara que “[e]llo no implica el desconocimiento del derecho a la justa compensación que puedan corresponder a los terceros de buena fe, como consecuencia de la limitación a su derecho legítimo de propiedad en favor del derecho de propiedad comunal bajo el artículo 21 de la Convención Americana” (CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 122; ver también Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párrs. 146 a 149).

Los pueblos indígenas que pierden la posesión total o parcial de sus territorios, mantienen sus derechos de propiedad sobre tales territorios, y tienen un *derecho preferente a recuperarlos*, incluso cuando se encuentren en manos de terceros (CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párr. 123). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH “... cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los

miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión” (Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 135).

Por último, es fundamental el *derecho a la consulta y a la participación* de los pueblos indígenas. En efecto, el Estado tiene la obligación de garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado. A la vez, tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas (cf. arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio n° 169 OIT; arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de Naciones Unidas; y art. XXIII de la Declaración Americana).

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de la ONU ha formulado la obligación general de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en los siguientes términos: “[d]e conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio N° 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras” (ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34, párrs. 62 y 63).

El derecho a la consulta se vincula con múltiples derechos humanos. Así, según el Relator Especial de Naciones Unidas, el deber estatal de garantizar el derecho a la consulta “...es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad (...). De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. (...) En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de

celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”(ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, cit., párr. 41).

Es preciso destacar que la CIDH y la Corte IDH han reconocido la relación entre el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas con múltiples derechos humanos (cf. CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, cit., párrs. 274-276; Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 225). Asimismo, en diferentes pronunciamientos, la Corte IDH ha fijado estándares precisos que deben respetar los Estados en los procedimientos de consulta a las comunidades indígenas (cf. especialmente, Corte IDH, “Saramaka vs. Surinam”, cit., párrs. 133-136); y ha sostenido que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (cf. Corte IDH, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párrs. 159 y ss.).

III. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A) Derecho a la consulta y participación

 **Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros¹**

Síntesis

En este caso se analizó el alcance de los derechos a la propiedad comunitaria indígena —en particular, si comprende la titulación efectiva de las tierras tradicionales—, y a la consulta y participación en los asuntos que pudieran afectarlos, especialmente los relacionados con emprendimientos mineros que se realizan en el territorio objeto del reclamo.

En el año 1996, el Estado Nacional firmó un convenio con la Provincia de Jujuy por el que se

1. “Andrada de Quispe Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo” – S.C. A. 759, L. XLVII, S.C. A. 776, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/septiembre/Andrada_Rosario_A_759_L_XLVII.pdf.

comprometía a entregar un subsidio con el fin de que esa Provincia ejecutara el Programa de Regularización y Adjudicación de Tierras a la Población Aborigen de Jujuy (en adelante “Programa de Regularización de Tierras”) y cediera los títulos traslativos de dominio a las comunidades indígenas que las ocupaban. Los retrasos en la regularización de la propiedad llevaron a las comunidades a presentar en el año 2003 una acción de amparo colectivo (fundada en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en la ley n° 16.986) contra la Provincia de Jujuy, en la que reclamaban que se concretara la transferencia definitiva de la propiedad y la entrega de tierras aptas y suficientes para el pueblo guaraní. Asimismo, requerían que se les consultara y se les diera participación obligatoria en todas las actuaciones administrativas referidas a sus tierras, con énfasis en aquellas vinculadas con los emprendimientos mineros que se estaban llevando adelante allí.

El Tribunal en lo Contencioso Administrativo de esa provincia condenó al Estado provincial a transferir a las comunidades indígenas de los departamentos de Cochínoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande la propiedad definitiva de las tierras comprendidas en el Programa de Regularización de Tierras; y a dar participación a las comunidades en todas las actuaciones administrativas que las involucraran; particularmente las que tramitaran ante el Juzgado Administrativo de Minas relacionadas con los emprendimientos mineros. Aunque la titulación no se había efectivizado, tiempo después ese mismo tribunal tuvo por cumplido el amparo, decisión que fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.

Contra esta sentencia, un conjunto de referentes indígenas, en representación de las comunidades, interpusieron recursos de inconstitucionalidad, que fueron desestimados. Frente a este pronunciamiento, los actores presentaron recursos extraordinarios federales, cuya denegatoria motivó los correspondientes recursos de queja.

En su dictamen del 27 de septiembre de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que se debía hacer lugar a los recursos de queja, abrir los recursos extraordinarios y revocar la sentencia recurrida². El 19 de marzo de 2014, la CSJN se pronunció sobre el caso y desestimó las quejas, al sostener que el recurso extraordinario que las motivaba no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal³.

2. En la misma fecha, la Procuradora General dictaminó en la causa “Andrada de Quispe, Rosaria Ladiez y otros c/ Estado provincial – Provincia de Jujuy s/ acción de amparo” – S.C., A. 776, L. XLVII –, y se remitió a los argumentos expresados en el dictamen que aquí se analiza. Este otro dictamen completo se encuentra disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/septiembre/Andrada_Rosario_A_776_L_XLVII.pdf. En este caso, la CSJN también desestimó la queja, al sostener que el recurso extraordinario que la motivaba no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. El fallo completo está disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7096791&cache=1499700600905>.

3. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7096731>.

Principales estándares del dictamen

a) Al debatir asuntos vinculados con los derechos de los pueblos indígenas corresponde atender el vínculo especial que ellos mantienen con sus tierras

“... [C]abe destacar los criterios interpretativos que deben guiar la resolución del presente caso en atención a lo dispuesto por la Corte Suprema de la Nación en el caso ‘Comunidad Indígena Eben Ezer c/Provincia de Salta’ (*Fallos* 331:2119). Allí, el Tribunal, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltó el carácter singular y trascendente de la propiedad comunitaria indígena, basado en el vínculo especial que los pueblos indígenas mantienen con la tierra, y puntualizó que, cuando se debaten asuntos vinculados con los derechos de los pueblos indígenas, la delicadeza de los bienes en juego debe guiar a los magistrados en el esclarecimiento de esos derechos (considerando 3º)”.

b) La obligación estatal de asegurar el derecho a la propiedad comunitaria indígena incluye la “titulación efectiva” de las tierras tradicionales

“... [L]a sentencia recurrida, al tener por cumplida la resolución de fondo, desconoció que le correspondía al Estado provincial realizar todos los trámites pertinentes para transferir, en forma efectiva y definitiva, la propiedad comunitaria a todas las comunidades indígenas que viven en los departamentos señalados. Estos trámites culminan con la titulación efectiva, que perfecciona el derecho a la propiedad comunitaria consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional”.

“... [L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer el alcance del derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, ha sostenido que las obligaciones del Estado frente a la propiedad comunitaria indígena incluyen la ‘titulación efectiva’ de las tierras tradicionales”.

c) El Estado tiene la obligación de llevar adelante procedimientos de delimitación y titulación de las tierras tradicionales adecuados y debe abstenerse de realizar actos que afecten la existencia y las actividades de los miembros de las comunidades

“... [L]a Corte Interamericana ha manifestado que es una obligación de los Estados llevar adelante procedimientos de delimitación y titulación que sean adecuados a las particularidades de los pueblos indígenas, que se completen en un plazo razonable y que cumplan con el estándar de debida diligencia, según el cual el impulso procesal de los trámites se encuentra a cargo del Estado (‘Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay’, sentencia del 24 de agosto de 2010, párrafos 127 a 145)”.

“... [La Corte Interamericana de Derechos Humanos] afirmó que ‘el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad (...) y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, 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 los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad’ (‘Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua’, párrafo 153)”.

d) El derecho a la consulta y participación supone atender los intereses de los pueblos indígenas para prevenir lesiones a su identidad cultural, forma de vida y costumbres tradicionales, particularmente cuando se encuentren amenazados la tierra o los recursos naturales

“El derecho a la consulta y participación se encuentra consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y en los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Supone oír la voz de los pueblos indígenas con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista, con el objetivo de prevenir lesiones a su identidad cultural cuando se vayan a adoptar medidas que puedan tener efectos sobre su forma de vida o sus costumbres tradicionales, particularmente cuando se encuentre amenazada la tierra o los recursos naturales. Este derecho está cimentado en el respeto al derecho a la identidad cultural, que debe ser garantizado en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”.

e) La implementación de la consulta y participación debe guiarse por el principio de buena fe, y garantizarse en todas las etapas de los proyectos que afectan a las comunidades, antes de la elaboración de los estudios de impacto ambiental

“... [L]a vigencia [del derecho a la consulta y participación] demanda que, en el marco de un emprendimiento minero, la consulta y participación a las comunidades indígenas sea realizada en todas las fases relevantes del proyecto y con carácter previo a la elaboración de los estudios de impacto ambiental. Ello permite que los pueblos indígenas expresen sus puntos de vista y opiniones en una etapa oportuna que asegure que la voz de las comunidades indígenas pueda incidir verdaderamente en la adopción de decisiones que involucren sus intereses. Por el contrario, una vez que etapas relevantes del proceso se encuentran consumadas, la intervención de los pueblos en defensa de su identidad cultural pierde eficacia. Tal interpretación no se condice con el principio de buena fe que debe guiar la implementación de la consulta y participación, según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT”.

“Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT manifestó que las consultas deben llevarse a cabo de buena fe y de manera plena, e implican un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas (OIT, CEACR, Observación General sobre la obligación de consulta, 16 de febrero de 2011). Allí se expuso que ‘no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental’ (para más, ver OIT, Programa para Promover el Convenio núm. 169, ‘Comprender el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989’, Ginebra, 2013; en sentido análogo, ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ‘Caso del Pueblo Satamaka vs. Suriname’, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 133)”.

f) El Estado debe asegurar que los estudios sobre los proyectos de desarrollo evalúen la incidencia social, espiritual, cultural y ambiental sobre los pueblos indígenas

“... [A] los efectos de determinar el alcance del derecho a la consulta y participación, los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT deben ser interpretados en forma sistemática con su artículo 7, apartado 3. Esta norma estipula que los gobiernos deben velar para que se efectúen ‘estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos’”.

 Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén⁴

Síntesis

El debate central del caso consistió en determinar el alcance del derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, en particular frente a la decisión de crear un municipio en un territorio tradicionalmente ocupado por comunidades, y convocar a elecciones para definir sus autoridades.

La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron una acción

4. “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad” - S.C.C 1490, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2014/AGilsCarbo/septiembre/Com_Mapuche_C_1490_L_XLVII.pdf.

de inconstitucionalidad contra la ley provincial n° 2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia, y contra el decreto PEP n° 2/04 que convocó a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva. Las actoras sostuvieron que en tanto las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel habitaban en el territorio que quedó comprendido dentro de los límites políticos del nuevo municipio, debían haber sido consultadas previamente a la sanción de la ley. Alegaron entonces que se había vulnerado el derecho a la consulta previa, se había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no se había asegurado su derecho a la participación, en contradicción con el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio n° 169 de la OIT.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén rechazó la acción interpuesta. Contra esa decisión, las actoras interpusieron un recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

El 8 de septiembre de 2014, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, dictaminó que debía hacerse lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida. Al respecto, opinó que correspondía “condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de 60 días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales”. Asimismo, sugirió que la Corte Suprema condene a la provincia a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional; y por último, recomendó que el máximo tribunal establezca “un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, con intervención de esta Procuración General de la Nación”.

Principales estándares del dictamen

a) El paradigma de la protección de la diversidad cultural, receptado en la Constitución Nacional, entiende a los indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que puedan vivir y legar a las generaciones futuras su identidad cultural

“En oportunidad de dictaminar en la causa ‘Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo’ (S.C. A 759, L. XLVII, dictamen del 27 de septiembre de 2013), me referí a la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los pueblos indígenas”.

“Esta reforma expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce

las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994...”.

b) El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses son instrumentos esenciales para asegurar el goce de la totalidad de sus derechos en pie de igualdad con los restantes miembros de la sociedad

“... [L]a Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno”.

“En particular, la Constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17)”.

c) El derecho de participación comprende el deber de consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos; y de establecer mecanismos adecuados para garantizar su participación en la toma de decisiones que los conciernan

“Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben ‘consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’ (inc. a) y, en segundo lugar, deben ‘establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que le conciernan’ (inc. b)”.

“En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados ‘antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado’. Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20)”.

d) Para asegurar el derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, el Estado debe organizar adecuadamente las estructuras gubernamentales a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público

“... [L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ‘Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador’ manifestó que ‘[l]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]’ (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166)”.

e) El derecho a la consulta es de naturaleza preventiva por cuanto exige sólo la posibilidad de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas

“En el presente caso, respecto del derecho a la consulta, la cuestión central radica en determinar si la sanción de la ley 2.439, mediante la cual se declaró a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría, es susceptible de afectar directamente a las poblaciones indígenas, en tanto ése es el presupuesto que genera el deber de consultar previsto en el artículo 6, inciso a, del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con la naturaleza preventiva del derecho, esta norma exige sólo la posibilidad —no la certeza— de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas”.

f) La creación de un municipio es susceptible de afectar el derecho de una comunidad indígena a la tierra, y sus derechos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena

“A mi entender, contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena”.

g) La creación de un municipio requiere establecer límites geográficos que pueden afectar la integridad, valor, uso o goce de los territorios de los pueblos indígenas

“... [L]a creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas, Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 Yy15 del Convenio 169 de la OIT)”.

h) La creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local susceptible de repercutir en los derechos políticos de las comunidades indígenas

“... [L]a creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales”.

i) La ley que crea un municipio tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población y ello demanda abrir una instancia especial de diálogo

“La Constitución de la Provincia de Neuquén prevé que los municipios de tercera categoría son gobernados por comisiones municipales que se componen de cinco miembros, elegidos en elecciones directas, y son administradas por un presidente (art, 278). En la demanda y en el recurso bajo estudio, las actoras destacan que en el seno del pueblo mapuche las decisiones son tomadas a través de mecanismos e instituciones propias tales como los parlamentos comunitarios y

los *lonkos*, que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Así, la ley 2.439, que en principio es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local”.

j) El derecho a la consulta puede constituir una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos

“En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena”.

“Así el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

k) La facultad de un municipio para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local es susceptible de afectar la forma de vida indígena

“... [L]a sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena”.

“Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270

y ss.). Además, el artículo 273 especifica que son atribuciones de la autoridad local: la organización de su funcionamiento económico, administrativo y electoral; la adopción de un plan edilicio y el dictado de normas tendientes a la seguridad y estética de las construcciones; la apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; la regulación en materia de servicios públicos locales, tránsito y vialidad, matanza de animales, mercados, ferias populares, higiene, cementerios, salud pública, moralidad y costumbres, recreos, espectáculos públicos, estética, y, en general, todas las cuestiones de fomento o interés local. Asimismo, están facultados para establecer impuestos y tasas, contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, crear tribunales de faltas y policía municipal, y fijar sanciones”.

“Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con sus criterios e institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (...), eran decididas en el interior del pueblo mapuche. En particular, la matanza de animales, que constituye una práctica tradicional fundamental para la economía familiar (...), era regulada por la propia comunidad. Para más, la nueva autoridad está investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio”.

“De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reformar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT”.

“En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural”.

l) La obligación estatal de respetar el derecho a la participación comprende disponer de un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal

“... [C]omo se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben ‘establecer los medios’ para que los pueblos y comunidades puedan participar, ‘por lo menos en la misma medida que los demás’, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. b, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que ‘los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones’”.

“En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches”.

m) La participación general en procesos electorales no satisface el derecho específico de las comunidades indígenas a la participación en las decisiones que los atañen

“El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén sostuvo que ese derecho estaba resguardado por la posibilidad de los miembros de las comunidades mapuches de formar parte del proceso de elección de autoridades. Sin embargo, ello no satisface el derecho a la participación especial y diferenciada acogido por el artículo 6, inciso b, del Convenio 169 de la OIT, y por el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional. Ese derecho tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales. Dicho de otro modo, su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público. Por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. No puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política”.

n) Para que el derecho a la participación electoral de los pueblos indígenas sea ejercido en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación

“Al respecto, en un caso referido a los derechos de la participación política de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacó que para que dichos derechos puedan ser ejercidos en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación. En tal sentido, expresó que las comunidades indígenas ‘se diferencian de la mayoría de la población ... por sus lenguas, costumbres, formas de organización y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad, [y que] según lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana ‘promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia’, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas’ (Corte IDH, Caso ‘Yatama c. Nicaragua’, sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 202 y 207). Destacó que ‘la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos políticos... es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa’ (párr. 217)”.

“En definitiva, el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas participen en los asuntos públicos. En una zona como la de Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucren sus intereses”.

o) El Estado debe garantizar la plena participación de los indígenas, en especial de las mujeres, en los asuntos públicos, y tomar medidas para asegurar su participación efectiva en cada uno de los niveles de gobierno

“En relación al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado su preocupación porque los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más pobres y marginalizados, por su baja participación en la vida política y su escasa representación en el Parlamento. En consecuencia, le

ha recomendado que ‘continúe profundizando su debate interno para encontrar la mejor forma de lograr una adecuada representación y participación indígena, en particular en los asuntos que les atañen ... [y] recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública’ (CERD, Observaciones finales. Argentina, CERD/CI ARG/CO/19-20 (2010), párrs. 23, 28 y 29)”.

Comunidad Toba Nam Qom c/ Estado Nacional y otros⁵

Síntesis

En esta oportunidad se analizó el alcance del derecho indígena a la consulta previa y a la participación, respecto a un proyecto de tratamiento de uranio en tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad, y en particular si corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema para su protección.

La Comunidad Toba de Nam Qom promovió una acción de amparo contra el Estado Nacional, la Provincia de Formosa y la empresa Dioxitek S.A. a fin de que se efectivice su derecho a la consulta y participación contemplado en la Constitución Nacional y en el Convenio n° 169 de la OIT. Las actoras alegaron que habían tomado conocimiento de que una planta de tratamiento de uranio sería construida por la empresa aludida en los terrenos del Polo Tecnológico de la ciudad de Formosa, a cuatro kilómetros de donde se asienta el barrio Nam Qom en el denominado “Lote 68”, que desde el año 1985 se encuentra afectado al régimen de propiedad comunitaria y del cual la comunidad es titular. Asimismo plantearon en el amparo que la acción perseguía defender su derecho a un ambiente sano y a la plena protección del medio ambiente.

La Cámara Federal de Resistencia revocó la sentencia del juez de primera instancia —que se había declarado incompetente y había remitido las actuaciones a la justicia provincial— y dispuso que la causa debía tramitar ante la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contra ello, la Provincia de Formosa interpuso un recurso extraordinario, que fue contestado únicamente por el Estado Nacional y denegado, lo cual motivó la presentación de un recurso de queja. En ese estado, la Corte Suprema corrió vista a la Procuración General de la Nación a fin de que dictamine sobre la competencia.

5. “Comunidad Toba Nam Qom c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo” - FRE 6231/2014/CS2. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/VAbramovich/noviembre/Comunidad_Toba_FRE_6231_2014.pdf

En su dictamen del 14 de noviembre de 2016, el Procurador Fiscal ante a la Corte Suprema, Víctor Abramovich, opinó que la causa correspondía a la competencia originaria de la Corte Suprema, entre otros fundamentos, en virtud de la naturaleza del derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas y las consecuentes obligaciones concurrentes que pesan sobre el Estado Nacional y la Provincia de Formosa.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas comprende la consulta y participación de las comunidades en la toma de decisiones susceptibles de tener impacto en sus territorios y recursos naturales

“En el presente caso, la resolución del litigio, tal como ha sido planteado por la actora, requiere la interpretación y aplicación de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico federal, en especial, del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, tutelado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y en el Convenio 169 de la OIT. Ese derecho que garantiza la consulta y participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones susceptibles de afectar sus intereses —especialmente, aquellas que puedan tener impacto significativo en sus territorios y recursos naturales— ha sido concebido como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT, en tanto constituye un instrumento esencial para asegurar que las comunidades gocen de la totalidad de sus derechos reconocidos en ese convenio y en los restantes instrumentos internacionales (cf. dictamen de esta Procuración General en la causa S.C. C. 1490, L. XLVII, ‘Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad’, emitido el 8 de septiembre de 2014)”.

b) Las causas en la que se demanda al Estado Nacional y a una provincia por vulnerar el derecho a la consulta y participación con relación a la instalación de una planta que afectará el modo de vida indígena, son de competencia originaria de la Corte Suprema

“Las particulares circunstancias de este caso, en el que la Comunidad Toba de Nam Qom solicita que se garantice su derecho a la consulta y participación con relación a la manera en que la instalación de una planta de las características reseñadas afectará el modo de vida indígena, indican que el Estado Nacional y la provincia integran el pleito de modo sustancial. En efecto, el objeto central de la consulta demanda que el Estado Nacional y la provincia de Formosa sean partícipes fundamentales de ella. Las autoridades pertinentes del Estado Nacional y de la provincia eventualmente tendrían, entonces, la responsabilidad de garantizar que el derecho a la consulta y participación se lleve a cabo de conformidad con el artículo

6 del Convenio 169 de la OIT y los estándares internacionales en la materia (*Fallos* 331:2119, ‘Eben Ezer’; Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador’, sentencia del 27 de junio de 2012, párrs. 177 y ss.; Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales’, párrs. 55, 56 y 276)’’.

“Por lo tanto, toda vez que el Estado Nacional tiene derecho a ser demandado en sede federal de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Nacional y que a la provincia de Formosa le corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema según el artículo 117 de ese texto legal, la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en la instancia originaria”.

B) Derecho a la propiedad comunitaria indígena

Asociación de Comunidades Aborígenes de Nazareno⁶

Síntesis

Este caso analizó el derecho a la propiedad comunitaria indígena y, particularmente, si corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para su protección.

Diferentes comunidades indígenas de Salta —Nazareno, Santa Cruz del Aguilar, San José del Aguilar, San Francisco de Tutuca, Comunidad Indígena del Pueblo Kolla de Papachacra, Falda, Pucallpa y Mezó, Tata Inti de Campo La Paz, Rodeo San Marcos Luján la Huerta, de Pucará San Roque, del Rodeo Lizoite del Carmen, de la Etnia Coya de Abra de Santa Cruz, de San Felipe, Colla de Santa Cruz, de Punco Vizcana, de Trigo Huayco, de Lipeo y Baritu y Originaria del Arazay—, todas ellas pertenecientes a la etnia kolla, que habitan tierras en el departamento de Santa Victoria—parte de las cuales integran el Parque Nacional Baritú—, iniciaron una demanda colectiva de reconocimiento de la posesión y de propiedad comunitaria contra el Estado Nacional y la Provincia de Salta. En concreto, solicitaron que se ordene la confección de un título de propiedad único, sin desmembramiento alguno, y la escrituración de las tierras. Además, requirieron que se instrumente un programa de reparación histórica y reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria para el pueblo kolla de la Provincia de Salta. En paralelo, iniciaron una acción colectiva de daños y perjuicios por la violación e incumplimiento de diversas normas que los protegen.

6. “Asociación de Comunidades Aborígenes de Nazareno y otros c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar” – S.C., A. 275, L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/LMonti/octubre/Asoc_de_Comun_Aborig_A_275_L_XLIX.pdf.

El Juzgado Federal N° 1 de Salta declaró su incompetencia y entendió que la causa era de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese estado, la Corte Suprema corrió vista a la Procuración General de la Nación a fin de que dictamine sobre la competencia.

En su dictamen del 22 de octubre de 2013, la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema, Laura Monti, consideró que el proceso correspondía a la instancia originaria del máximo tribunal. Con fecha 24 de septiembre de 2015, la Corte Suprema declaró que la causa no era de competencia originaria del tribunal y remitió las actuaciones a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta⁷.

Principales estándares del dictamen

a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad y comprende, también, el derecho a la propiedad comunitaria indígena

“... [T]iene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ‘el derecho a la propiedad privada previsto en el art. 21 de la Convención Americana contiene un tipo especial de propiedad como es el derecho de posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente’ (v. ‘Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni’, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148. Ver también ‘Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay’, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 118)”.

b) El Estado debe delimitar, demarcar y titularizar las tierras tradicionales para hacer efectivo el derecho a la propiedad comunitaria indígena

“... [La Corte Interamericana] entiende que los Estados deben proceder a la delimitación, demarcación y titularización de las tierras tradicionales de las comunidades, a fin de hacer efectivo ese derecho, pues una actitud contraria conllevaría la violación del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto este precepto es fuente normativa del derecho a la tierra de los pueblos indígenas (v. ‘Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni’, cit. párr. 153)”.

c) El Estado federal tiene el deber de adoptar medidas positivas, de cooperación y coordinación con las provincias, para hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos

“De este modo, como ya lo sostuve en el dictamen [C.1133, L.XLV, Originario ‘Comunidad de San José-Chustaj Liiokwe y Comunidad de Cuchuy c/ Salta,

7. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7248863>.

Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar’], es mi parecer que la presunta afrenta al art. 21 de la [Convención Americana de Derechos Humanos] como consecuencia de la omisión del Estado Nacional y de la Provincia de Salta de legislar de modo concurrente sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas —tal como lo ordena el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional— configura una causa federal. Así lo pienso por dos razones: 1°) porque el conflicto se traduce en una violación a un principio de derecho público de distribución de competencias estatales impuesto expresamente por el constituyente de 1994 (art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional), razón por la cual el pleito se encuentra entre los especialmente regidos por la Constitución Nacional, a los que alude el art. 2°, inc. 1°, de la ley 48, en cuanto versa, en principio, sobre la determinación de las órbitas de competencia del Congreso Nacional y de la legislatura provincial, lo que obliga a la justicia nacional a entender en éste; y, además, 2°) porque los mandatos de los arts. 1.1, 2° y 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se hallan indisolublemente interrelacionados y exigen a los Estados federales adoptar medidas positivas, de cooperación y coordinación con sus provincias, para hacerlas cumplir”.

d) El Congreso Nacional debe incorporar mediante una ley formal los derechos indígenas receptados en el Convenio n° 169 de la OIT, en concurrencia con las atribuciones legislativas de las provincias

“... [S]egún lo ha entendido el convencional constituyente, es responsabilidad del Congreso Nacional incorporar, en materia de derechos indígenas, los consagrados en el Convenio 169 de la OIT, de carácter infraconstitucional, mediante una ley formal, en concurrencia con la atribución de legislar de las provincias, quienes también se reservan la potestad de aplicar tales normas (confr. art. 121 de la Constitución Nacional)”.

e) Existe una “causa indígena” cuando se persigue que una provincia y el Estado Nacional reconozcan a las comunidades indígenas su derecho de propiedad sobre las tierras

“... [T]al como lo sostuvo este Ministerio Público en su dictamen del día 6 de agosto de 2010, in re C.1133, L.XLV, Originario ‘Comunidad de San José-Chustaj Liiokwe y Comunidad de Cuchuy c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar’, el proceso constituye una ‘causa indígena’ que debe encuadrarse dentro del art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, en cuanto consiste sustancialmente en que la provincia y el Estado Nacional reconozcan a las comunidades indígenas su derecho de propiedad sobre las tierras ocupadas por aquéllas”.

f) Corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema en las causas en la que una provincia y el Estado federal son parte y se discute el derecho a la propiedad comunitaria indígena

“Cabe recordar que para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (*Fallos* 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533 y sus citas)”.

“Asimismo, tiene dicho V.E. que, a fin de resolver una cuestión de competencia, es preciso atender, de manera principal, a la exposición de los hechos que la parte actora efectúa en la demanda, así como también al origen de la acción y a la relación de derecho existente entre las partes (*Fallos* 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros) y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (*Fallos* 305:1453; 306:1053 y 308:2230; 320:4495, entre muchos otros), pues deberá estarse a la realidad jurídica y no a la mera voluntad de los litigantes (*Fallos* 297:396; 299:89; 301:702; entre otros)”.

“... [A]l perseguirse, en lo sustancial, la recomposición y el resarcimiento del daño vinculado con la violación de derechos sobre un bien colectivo (el territorio que se reivindica como de propiedad indígena), de uso común, indivisible y tutelado de una manera no disponible para los integrantes de las comunidades, además de la protección de otros derechos de incidencia colectiva como el derecho al medio ambiente, a la identidad y a la protección y preservación de su cultura, ello determina que la causa, también en relación con esta pretensión, sea de competencia originaria de la Corte, [...] habida cuenta de la necesidad de conciliar el privilegio al fuero federal que corresponde al Estado Nacional, con la condición de aforada a la jurisdicción originaria de parte de la provincia (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)”.

Síntesis

La discusión central de este caso también giró en torno al alcance del derecho de propiedad y posesión comunitaria indígena, en particular respecto de la procedencia de la ejecución de un desalojo precautorio iniciado por el titular registral de las tierras.

José Luis Martínez Pérez había comprado en el año 2000 una parcela a la Empresa Forestal Rionegrina S.A., ubicada en los parajes el Foyel y Los Repollos, en el departamento de Bariloche, Provincia de Río Negro, tierras que estaban ocupadas tradicionalmente por el *Lof* Palma —un clan que agrupa a varias familias mapuches con un ancestro en común—. Las comunidades usaban desde antaño ese territorio para la recolección de leña y de plantas, para transitar por sus senderos y para el pastoreo de animales. Según un relevamiento territorial realizado por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, la comunidad mapuche Las Huaytekas y el *Lof* Palma ejercían la posesión comunitaria sobre ese terreno. En el año 2010, dicha comunidad decidió que el *Lof* Palma, además de realizar las prácticas tradicionales, moraría esas tierras. Ante ello, el Sr. Martínez Pérez presentó una denuncia penal e interpuso un interdicto de recobrar la posesión, para lo cual invocó el título de propiedad inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos por la comunidad mapuche Las Huaytekas con el objeto de que se deje sin efecto la medida cautelar de desalojo ordenada en el marco del interdicto de recobrar la posesión. Contra esa decisión, la comunidad interpuso un recurso extraordinario federal, cuyo rechazo por parte del Superior Tribunal de Justicia provincial dio origen al recurso de queja. Previo a dar vista a la Procuración General de la Nación, con fecha 2 de julio de 2013, la Corte Suprema declaró formalmente admisible la queja y dispuso la suspensión de los procedimientos de ejecución⁹.

En su dictamen del 24 de febrero de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia. El 10 de noviembre de 2015, el máximo tribunal compartió sus fundamentos, resolvió declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia cuestionada¹⁰.

8. “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros -interdicto de recobrar sumarísimo- s/ medida cautelar” – S.C.M. 466, L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/febrero/Martinez_Perez_Jose_M_466_L_XLIX.pdf.

9. Resolución de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=702950>.

10. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7262352>.

Principales estándares del dictamen

a) La Constitución Nacional reconoce específicamente los derechos a la posesión y a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

“... [E]l artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional consagra derechos específicos para [los] pueblos [indígenas] entre los que se encuentra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (*Fallos* 331:2119). Este derecho está reconocido también en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, ‘Caso Comunidad Mayagna de Awas Tingni vs. Nicaragua’, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148)”.

b) El derecho al uso y la ocupación territorial indígena incluye a las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza y la cultura, entre otros fines, y cubre la totalidad del hábitat ocupado

“... [C]abe recordar que el uso y la ocupación territorial indígena van ‘más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines’ (Comisión IDH, ‘Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales’, citado, párr. 40; Corte IDH, ‘Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay’, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 120; ‘Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador’, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 146)”.

“...[E]l artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone que ‘los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales reviste su relación con las tierras y/o territorios y en particular los aspectos colectivos de esa relación. El término tierras incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan alguna otra manera’”.

c) Los territorios que los pueblos indígenas ocupan y utilizan para sus actividades tradicionales deben ser determinados y efectivamente protegidos

“... [E]l artículo 14 del [C]onvenio [169 de la Organización Internacional del Trabajo] reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, ordena la determinación de las tierras y territorios así como su efectiva protección, y la adopción de medidas para salvaguardar el derecho de estos pueblos a utilizar tierras a las que hayan tenido

tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos (incs. 1 y 2)”.

d) El Estado debe abstenerse de realizar actos que afecten la existencia o las actividades de los miembros de las comunidades, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas

“Esta posesión comunitaria tutelada por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales. Al respecto, la Corte Interamericana expresó que, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas, los Estados deben 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 los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad’ (Corte IDH, ‘Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua’, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153)”.

“... [E]l artículo 16 [del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo] dispone que estos pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”.

“El artículo 2 de la ley [26.160] suspende, por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, cuando la posesión sea actual, tradicional y pública (...)”.

“... [L]a ley 26.160 pretende evitar que se consoliden nuevas situaciones de despojo a fin de respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en aras de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado Nacional”.

e) Los tribunales deben analizar con cautela la procedencia de la ejecución del desalojo precautorio en casos que involucran la ocupación tradicional de una comunidad indígena

“... [C]uando (...) existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado

con una cultura diferente. Ello es justamente lo que pretende evitar la ley 26.160, que fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado”.

 Ministerio Público Fiscal c/ J. H., Martiniano y otros¹¹

Síntesis

En este caso se buscó determinar si las acciones desplegadas por una comunidad indígena para reclamar por el derecho a la propiedad y posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas pueden ser encuadradas como delitos, y particularmente como actos terroristas en los términos del artículo 41 *quinquies* del Código Penal.

El 13 de marzo de 2015, un grupo de alrededor de quince personas —que se identificaron como miembros de la Comunidad de Resistencia del Departamento Cushamen, en la Provincia de Chubut— habría ingresado sin autorización a la estancia Leleque, propiedad de la compañía de siglas “T. del S. A. S.A.”, colocando carteles con las leyendas “Fuera Benetton” y “Territorio mapuche”. A la vez, estas personas habrían repelido con piedras y gomeras la intervención policial que pretendía su desalojo, causando lesiones leves a dos agentes y daños al móvil policial. El grupo también habría amenazado al personal policial, hurtado postes de madera e interrumpido parcialmente el tránsito sobre la ruta nacional n° 40 a la altura de El Maitén. En el marco de su reclamo por la propiedad ancestral de esas tierras, el grupo habría solicitado la intervención de autoridades nacionales para conformar una mesa de diálogo.

A raíz de los hechos relatados, el representante del Ministerio Público provincial realizó una denuncia penal. En ese contexto, se suscitó una contienda negativa de competencia entre el Colegio de Jueces Penales de la Circunscripción Judicial de Esquel, Provincia de Chubut, y el Juzgado Federal de Esquel. Por un lado, el juez provincial había declinado la competencia por considerar que los hechos investigados afectaban la seguridad interior, en tanto se encontraban vinculados a otros atentados que se habrían atribuido a los miembros de la Comunidad de Resistencia del Departamento Cushamen en las provincias de Río Negro y Chubut. Entendió además que correspondía encuadrar el caso en la agravante prevista en el último párrafo del artículo 41 *quinquies* del Código Penal de competencia federal, que dispone que cuando alguno de los delitos previstos en el Código “hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas

11. “Ministerio Público Fiscal c/ J. H., Martiniano y otros” – CSJ 4137/2015. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/VAbramovich/noviembre/MPF_CSJ_4137_2015.pdf.

nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo”. Por su parte, el magistrado federal aceptó parcialmente la competencia por la interrupción del tránsito en la ruta nacional n° 40, pero rechazó la declinatoria por los restantes hechos. Señaló que no era de aplicación el artículo 41 quinquies del Código Penal e indicó que en el caso subyacía un reclamo indígena por la propiedad o posesión de la tierra, lo que fundamentaba la exclusión de estos sucesos como actos terroristas, según lo establecía esa norma, que expresamente exceptúa como tales a aquellos que “tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

En su dictamen del 11 de noviembre de 2015, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía declarar la competencia provincial. El 29 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal, a los cuales remitió, y declaró que debía entender en la causa el juez integrante del Colegio de Jueces Penales de la ciudad de Esquel, de la Circunscripción Judicial Noroeste de la Provincia de Chubut¹².

Principal estándar del dictamen

Los reclamos indígenas por la propiedad y posesión de la tierra constituyen reclamos sociales, por lo que no pueden encuadrar como actos terroristas

“[L]os acontecimientos bajo análisis [reclamo indígena por la propiedad o posesión de la tierra] están enmarcados en una protesta llevada adelante en reclamo de derechos sociales, lo que ameritaría aplicar, eventualmente, la excepción prevista en el artículo 41 *quinquies* del Código Penal, en la medida que prevé que ‘las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional’”.

12. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7275892>.

Síntesis

La cuestión principal de este caso también consistió en determinar el alcance del derecho la propiedad comunitaria indígena y, particularmente, si corresponde la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para su protección, máxime cuando el Estado nacional y el provincial se adjudican la titularidad de parte de esas tierras.

La Comunidad Qom Potae Napocna Navog, representada por Félix Díaz, con el patrocinio letrado del Defensor Público Oficial, dedujo una acción de amparo colectivo, ante el Juzgado Federal N° 1 de Formosa, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, contra el Estado Nacional, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), la Administración de Parques Nacionales (APN), la Universidad Nacional de Formosa y la Provincia de Formosa, a fin de obtener el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales, en una sección del departamento de Pilcomayo. En concreto, exigió que se ordene la confección del título de propiedad único sin desmembramientos y la escrituración y el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena del mencionado territorio, a favor de la comunidad. Asimismo, hasta tanto se realice el mencionado reconocimiento, solicitó medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras.

La Cámara Federal de Resistencia revocó lo resuelto por el congreso federal de Formosa —quien había declinado su competencia a favor de la justicia provincial—, y declaró la competencia originaria de la Corte Suprema para conocer en este pleito. En tales condiciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación corrió vista al Ministerio Público Fiscal.

El 22 de junio de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema, Irma Adriana García Netto, opinó que el proceso correspondía a la instancia originaria del máximo tribunal, entre otras razones, en virtud de la naturaleza del derecho a la propiedad comunitaria y las consecuentes obligaciones concurrentes que pesan sobre el Estado Nacional y la Provincia de Formosa. El 26 de diciembre de 2017, el máximo tribunal resolvió en el sentido dictaminado por el MPF y, asimismo, dispuso reconducir la acción como un proceso ordinario ante la Corte Suprema por competencia originaria¹⁴.

13. "Comunidad Toba c/ Provincia de Formosa s/ Amparo" - CSJ 528/2011. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/junio/Comunidad_Toba_CSJ_528_2011.pdf.

14. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7204821&cache=1529075849573>.

Principales estándares del dictamen

a) El Estado tiene la obligación de proceder a la delimitación, demarcación y titulación de las tierras tradicionales de las comunidades indígenas

“En efecto, es responsabilidad del Congreso Nacional instrumentar los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 75, inciso 17 de la CN, y los instrumentos internacionales de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenio 169 de la OIT) en concurrencia con las atribuciones de las provincias, quienes también se reservan la potestad de aplicar tales normas (confr. art. 121 de la Constitución Nacional)”.

“Al respecto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ‘el derecho a la propiedad privada previsto en el art. 21 de la Convención Americana contiene un tipo especial de propiedad como lo es el derecho de posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente’ (v. ‘Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni’, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148. Ver también “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 118). Por ello, entiende que los Estados parte deben proceder a la delimitación, demarcación y titulación de las tierras tradicionales de las comunidades, a fin de hacer efectivo ese derecho, pues una actitud contraria conllevaría la violación del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto este precepto es fuente normativa del derecho a la tierra de los pueblos indígenas (v. ‘Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni’, cit. párr. 153)”.

b) El Estado federal tiene el deber de adoptar medidas positivas, de cooperación y coordinación con las provincias, para hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas

“... [E]s mi parecer que la presunta afrenta al artículo 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, como consecuencia de la omisión del Estado Nacional y de la Provincia de Formosa de hacer efectivo el derecho a la tierra de los pueblos indígenas configura una causa federal”.

“Así lo pienso por dos razones: 1º) porque el conflicto se traduce en una violación a un principio de derecho público de distribución de competencias estatales impuesto expresamente por el constituyente de 1994 (art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional), razón por la cual el pleito se encuentra entre los especialmente regidos por la Constitución Nacional, a los que alude el art. 2º, inc. 1º de la ley 48,

en cuanto versa, sobre la determinación de las órbitas de competencia; y, 2º) porque los mandatos de los arts. 1º, 2º y 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se hallan indisolublemente interrelacionados y exigen a los Estados federales adoptar medidas positivas, de cooperación y coordinación con sus provincias, para hacer cumplir los derechos consagrados en ese tratado”.

c) Las causas en que la comunidad indígena denuncia la violación del derecho de propiedad comunitaria, y el Estado Nacional y la provincia también se adjudican la titularidad de parte de dichos territorios son de competencia originaria de la Corte Suprema

“A mi modo de ver, la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte”.

“... [E]l proceso constituye una ‘causa indígena’ de carácter federal pues la comunidad actora denuncia la violación del derecho de propiedad comunitaria indígena y el Estado Nacional y la provincia también se adjudican la titularidad de parte de dichos territorios, afectándose los arts. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, dependiendo la cuestión del reconocimiento que la Provincia y el Estado Nacional efectúen sobre el territorio que reclama la comunidad (v. dictamen en la causa C. 1133, L. XLV, Originario, ‘Comunidad de San José-Chustaj Lhokwe y Comunidad de Cuchuy c/ Salta, Provincia de y otro [Estado Nacional] s/ medida cautelar’, del 6 de agosto de 2010). No se me escapa el disímil criterio que, en esa causa, sostuvo el Tribunal en su sentencia del 15 de octubre de 2013. Sin embargo, mantengo la posición adoptada en el aludido dictamen”.

“Entiendo que lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de tales preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia”.

 Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de San Luis¹⁵

Síntesis

La discusión central del caso giró en torno al alcance del derecho indígena a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas, y en particular el deber del Estado de realizar

15. “Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de San Luis s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y escrituración” - CSJ 642/2010(46-A)/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/AGilsCarbo/noviembre/Administracion_Parques_CSJ_642_2010.pdf.

el relevamiento jurídico catastral de la situación dominial de las tierras en disputa.

La Administración de Parques Nacionales promovió una demanda de inconstitucionalidad contra la Provincia de San Luis, respecto de la ley local V-0721 de 2010 mediante la cual se dispuso que ciertas tierras —que previamente se habían cedido al Estado Nacional para ser afectadas al sistema de parques nacionales—serían expropiadas para ser restituidas a sus pobladores originarios, el Pueblo Nación Huarpe de San Luis. En efecto, en el año 1989 la Provincia de San Luis y la Administración de Parques Nacionales habían firmado un convenio en el que acordaban que la provincia cedería al Estado nacional el dominio sobre aproximadamente 150.000 hectáreas para que integrasen el sistema de parques nacionales creado por la ley n° 22.531. Según el convenio, la cesión se realizaría después de que la provincia obtuviese la posesión y la titularidad del dominio a partir de un juicio de expropiación a un conjunto de propietarios privados. Asimismo, el acuerdo preveía que la Administración de Parques Nacionales se haría cargo de los gastos de la tramitación de aquellos juicios expropiatorios. El convenio fue ratificado por la ley provincial VII-0226-2004 y por la ley nacional n° 24.015. Posteriormente, la Provincia de San Luis y la Administración de Parques Nacionales resolvieron limitar las expropiaciones a una porción de 75.000 hectáreas del proyecto original. En ese contexto, la provincia suscribió actas compromiso con los propietarios de los inmuebles que integraban la referida área del parque nacional. Mediante esas actas, la provincia adquirió los inmuebles por cuenta y orden del Estado nacional. El 28 de mayo de 1999, a través el decreto local n° 1493/99, la Provincia de San Luis transfirió aquellos inmuebles al Estado nacional para que fuesen incorporados al Parque Nacional Sierra de las Quijadas. No obstante, la escrituración no se llevó a cabo porque restaba cumplir con la conformidad de la Provincia de San Luis, titular registral. En ese contexto es que en 2010 se sancionó la ley provincial V-0721.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se declaró competente para intervenir en el proceso por vía de su instancia originaria, y corrió traslado de la demanda a la Provincia de San Luis que, en lo sustancial, sostuvo que la ley provincial no vulneraba el régimen federal y perseguía un fin legítimo. A la vez, la comunidad Huarpe de Guanacache se presentó en la causa como tercero interesado, en los términos del artículo 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —invocando derechos de propiedad comunitaria sobre las tierras en disputa—, presentación que fue admitida por la Corte Suprema. Clausurado el período de prueba y luego de los alegatos de las partes, la Corte Suprema corrió vista a la Procuración General de la Nación a los fines de dictaminar sobre el fondo de la controversia.

En su dictamen del 21 de noviembre de 2016, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que para resolver la controversia correspondía que la Corte Suprema ordene, en forma preliminar, la pronta realización del relevamiento territorial previsto en la ley n° 26.160. Asimismo, solicitó que una vez realizado ese relevamiento, se le corriera una nueva vista a los fines de dictaminar sobre el fondo de la *litis*.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas reviste especial importancia por cuanto sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y de su identidad cultural

“El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas se encuentra previsto en los artículos 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 13, 14, 16 y 19 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”.

“Se trata de un derecho que reviste especial importancia. Tal como recordó la Corte Suprema en el caso registrado en *Fallos* 331:2119, ‘Comunidad Indígena Eben Ezer’, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ‘La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [...]. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Comunidad Indígena Yahye Axa vs. Paraguay’, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros)” (considerando 3°).

b) El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas genera obligaciones concurrentes para la Nación y las provincias de delimitar, demarcar y titular las tierras de ocupación tradicional

“ ... [El] derecho [a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas] genera obligaciones concurrentes para la Nación y las provincias (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional; *Fallos* 336:2271, ‘Confederación Indígena del Neuquén’). En particular, los Estados tienen el deber de delimitar, demarcar y titular las tierras de ocupación tradicional de las comunidades indígenas (Corte Interamericana de

Derechos Humanos, 'Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá', sentencia del 14 de octubre de 2014, párr. 134; 'Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay', sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 135 y 239, 'Caso Yakye Axa', cit., párr. 143; entre otros)".

c) La realización del relevamiento jurídico catastral de la situación dominial de las tierras que tradicionalmente ocupan comunidades indígenas constituye una medida indispensable para resguardar el derecho a la posesión y propiedad comunitaria

"A mi modo de ver, a los efectos de resolver la controversia traída por el Estado nacional con relación a la constitucionalidad de la ley local V-0721- 2010 y a sus derechos sobre el territorio que conforma el Parque Nacional Sierra de las Quijadas, corresponde que la Corte Suprema ordene, en forma preliminar, la realización del relevamiento jurídico catastral previsto en la ley 26.160 para determinar el alcance del derecho a la propiedad comunitaria invocado por la Comunidad Huarpe de Guanacache y reconocido por la provincia de San Luis. Tal como paso a exponer, esa medida es indispensable a fin de adoptar una solución que sea compatible con el uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas y con el resguardo del derecho constitucional a la posesión y propiedad comunitaria".

"A efectos de cumplir con [la] obligación [de delimitar, demarcar y titular las tierras de ocupación tradicional de las comunidades indígenas], el Congreso Nacional sancionó la ley 26.160, que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan comunidades indígenas originarias del país (art. 1), e impuso al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas la obligación de realizar el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de esas tierras (art. 3). La trascendencia de este relevamiento de tierras fue ponderada por la Corte Suprema en el marco de la causa S.C.E. 528, L. XLVII, 'Comunidad Indígena Toba La Primavera Navogoh c/ Formosa, provincia de y otros s/ amparo', sentencia del 2 de julio de 2013. En esa oportunidad, la Corte Suprema instó la realización de esta medida —incluso antes de decidir su competencia en el asunto— puesto que se encontraba controvertida la propiedad de determinados terrenos".

"En el *sub lite*, conforme surge de las constancias obrantes en autos y pese a los requerimientos de la Comunidad Huarpe de Guanacache, el relevamiento jurídico catastral del territorio reclamado no fue realizado (...). La omisión de realizar tal relevamiento impide conocer cuáles son las tierras tradicionalmente ocupadas por la comunidad".

"En ese contexto, el dictado de una sentencia en la presente causa sin la realización

previa del relevamiento podría comprometer el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena. La determinación del alcance de ese derecho es esencial para dirimir la pretensión del Estado nacional tendiente a obtener la titularidad de esas tierras, como así también para examinar la utilidad pública invocada en la ley de expropiación por el Estado provincial”.

d) Los tribunales deben extremar la cautela en casos que pueden comprometer la ocupación tradicional de tierras indígenas

“... [C]abe recordar la extrema cautela que debe guiar las decisiones judiciales que pueden comprometer la ocupación tradicional de una comunidad indígena, no solo en el esclarecimiento de los puntos de derecho sustancial sino también de aquellos vinculados con la protección judicial (dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa ‘Martínez Pérez’, al que remitió la Corte Suprema en Fallos 338:1277, y Fallos 331:2119, considerando 3º)”.



MINISTERIO PÚBLICO

FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA