

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia

Título: ¿Preexistencia o inexistencia?

Sumario

I.- Introducción.

II.- Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

III.- Necesidades básicas incumplidas.

IV.- La acción de amparo y el acceso a la tierra.

V.- Derechos de incidencia colectiva y los pueblos originarios.

VI- Conclusión.

Comisión: 3.Derecho Procesal Constitucional.

Tema: Procesos Colectivos y políticas Públicas.

Autores: Julián Emilio Hernández Varela y Leonardo Franco Bonetti.

Dirección postal: Cramer 2117, 3°B. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Argentina CP: 1428

Teléfono: 154888-4876

Dirección de correo electrónico: julian--hernandez@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: Analizar la problemática de los pueblos originarios, para acceder a las garantías establecidas en:

- la Constitución Nacional.
- Los Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional.
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (de ahora en más OIT).
- Las leyes Nacionales dictadas a su favor.

Los mecanismos utilizados para hacer valer sus pretensiones.

Todo esto será explicado a través de los fallos judiciales dictados por la Corte y Tribunales Inferiores.

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7

del reglamento: sí

¿Preexistencia o inexistencia?

I.- Introducción:

Franz Kafka a principios del siglo XX escribió un ensayo titulado “Ante la ley”. Y en el contenido desarrolla una metáfora que transcurre entre un guardián de la ley y un campesino que solicita se le permita entrar por la puerta que da a la ley.

A pesar de los intentos realizados, para que le concedan el acceso. Siempre se le niega lo peticionado aduciendo que no es el momento, según el decir del guardián.

Y así transcurre la vida de este hombre, esperando sentado en un escabel, le sea concedido lo pedido.

En un momento al final de su existencia, interroga al guardián de la siguiente forma “¿Cómo es posible que durante tantos años, nadie más que yo pretendiera entrar?”

El guardián le responde “Nadie podía pretenderlo, porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla.”

Desde la llegada de los españoles a América a fines del siglo XV, los pueblos originarios han sido apartados de su “hábitat” y de su espacio cultural. Durante los siglos posteriores, sufriendo múltiples abusos como fue el caso de la “Mita”, que los obligaba a realizar trabajos forzados, ya sean domésticos, mineros, pastoriles y obrajes entre otros; representados en cuotas laborales que debían tributar los mismos con las autoridades locales. Sin embargo con el avance de la historia, los indios fueron ganando derechos, que en la práctica no produjeron cambios significativos como es el caso del artículo 67, inciso 15 del texto constitucional previo a la última reforma que decía “...conservar el trato pacífico con los indios y procurar la conversión de ellos al catolicismo”, manteniendo de este modo, políticas similares a la época de la colonia.

Con la Reforma Constitucional de 1994, se modificó dicho artículo, quedando plasmado en el artículo 75, inc. 17 que dice “*Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de*

sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”, cambiando el paradigma anteriormente establecido. También se incorporó lo establecido en el Convenio de la OIT N° 169, constituyendo un tratado de Derechos humanos ratificado por el estado argentino, que goza de una jerarquía superior a las leyes nacionales y que aborda instituciones tales como el derecho a la educación bilingüe, la personería jurídica, el derecho a la tierra, al territorio y a la consulta y la participación. Y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que para algunos autores es vinculante y para otros no; orienta su jerarquía hacia la autodeterminación de los pueblos, establecida en el artículo 1 de los pactos de jerarquía constitucional.

En la actualidad, cuentan con un amplio abanico de fuentes normativas que en sus textos tienen como objetivos: el respeto por su cultura, tradiciones, forma de vida y habitad. Sin embargo y al igual que el campesino del ensayo de Kafka, el acceso a dichas garantías establecidas, se encuentra obstruido, ya que en la práctica estos pueblos no encuentran la entrada o no se les permite el acceso a la puerta de la ley.

Los siglos pasan, estos pueblos sufren y al final, esta puerta que era para ellos, ¿¿¿se encontrará cerrada???

II.- ¿Cuál sería el límite de las atribuciones concurrentes entre las Provincias y la Nación?

Se aborda el presente trabajo, a partir de la última oración del art. 75, inc 17 de la Constitución Nacional, a fin de poder explicar el límite de las atribuciones concurrentes entre las Provincias y la Nación, con el propósito de obtener una mejor comprensión de la ponencia.

El 10 de diciembre de 2013 en el marco de una acción iniciada por la “Confederación Indígena del Neuquén” contra la “Provincia de Neuquén”,

para que se declare la inconstitucionalidad del decreto reglamentario N° 1184/2002, emanado por el Poder Ejecutivo local; que en su sustancia no preveía el concepto de “autoidentificación” establecido en el art. 2 de la Ley Nacional N° 23.302 y por el art. 1 del Convenio de la OIT N° 169, todo ello con relación al reconocimiento de la personería jurídica e inscripción registral. Asimismo, en dicho decreto Provincial se establecía como requisito para el mencionado reconocimiento, por lo menos diez (10) familias asentadas. Mientras que en el decreto reglamentario nacional N° 155/89 establecía una cantidad de por lo menos tres (3) familias. Cabe aclarar que el Decreto Provincial en su dictado omitió incorporar la participación de los pueblos originarios en su procedimiento.

La Corte Suprema al momento de fallar a favor de la inconstitucionalidad del decreto N° 1184/2002 estableció como pauta general que *“... tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal.*

Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativo federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino.” (CSJN, 10/12/2013 “*Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*”). Con este pronunciamiento, la corte pone como pauta de adecuación de las normas provinciales, que las mismas no podrán estar por debajo de los estándares normativos previstos por la Constitución Nacional, los tratados de jeraquía constitucional, el Convenio 169 de la OIT, como tampoco de la Ley Nacional N° 23.302 de política indígena y su decreto reglamentario N° 155/89.

III.- Problemáticas socio-ambientales:

Como he mencionado en el punto I) del presente trabajo, los pueblos originarios han sido desplazados durante el paso de los siglos de las mayorías de las tierras que poseían ancestralmente, dejándolos en territorios menos aptos para su desarrollo y con una participación estatal menos presente.

El bajo nivel de desarrollo económico y social de “...en comparación con los sectores no indígenas del país. Según el UNICEF, el 23,5% de los hogares indígenas se encuentran con las necesidades básicas insatisfechas, en comparación con el 13,8% de los hogares no indígenas. Las provincias con los mayores niveles de necesidades básicas insatisfechas en los hogares indígenas son Formosa (74,9%), Chaco (66,5%) y Salta (57,4%), que tienen niveles alarmantes en este sentido. Además, según un estudio del Ministerio de Salud, el ingreso de los hogares de la población indígena es, en promedio, siete veces menor al del conjunto de los hogares del país.”

(“Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”, James Anaya. Pág. 16). Mas allá de la dinámica actitud del INAI dándole nacimiento la Dirección de Desarrollo de Comunidades Indígenas, para crear proyectos para el “desarrollo integral” de las comunidades indígenas, existe una falta de respuesta adecuada por parte de las autoridades ante los reclamos de los pueblos originarios en cuanto al acceso de servicios en sus comunidades. A ello debemos sumarle que la falta de implementación de proyectos nacionales de desarrollo, está en las demoras en la firma de convenios correspondientes entre la nación y la provincia; demoras en la firma de convenios entre las provincias y los municipios; y las dificultades en conseguir especialistas para implementar los proyectos.

El ejemplo mas adecuado de la problemática mencionada en el párrafo anterior, fue la acción iniciada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el Defensor del Pueblo de la Nación, contra el Estado Nacional, y la Provincia del Chaco, con el fin de que se garanticen a las comunidades de la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín del Chaco, una real y efectiva calidad de vida, incluyendo; salud, asistencia médico-social, alimentación, agua potable, educación, vivienda, trabajo e inclusión social.

La Corte examinando las pruebas principalmente aportadas por la actora, “El Instituto del Aborigen Chaqueño”, la “Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, entre otras, llegó a la conclusión de que *“...los aborígenes que habitan esa porción de territorio provincial se hallan afectados por una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría de la población padece de enfermedades endémicas, que son producto de extrema pobreza (desnutrición, chagas, tuberculosis, donovaniosis, broncopatías, parasitosis, sarnas, etc.), carece de alimentación, de acceso al agua potable, de vivienda, de atención médica necesaria, y que los demandados han omitido llevar a cabo las acciones necesarias...”* (CSJN, 18/09/2007 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 330:4134).

Asimismo, debido a la urgencia del caso, la corte decidió posponer el tratamiento acerca de la competencia, requiriendo al Estado Nacional y a la provincia del Chaco, un informe sobre las comunidades existentes en esa región, los programas y presupuestos asignados en materia de salud, alimentación, educación, habitacional, de suministro de agua potable, fumigación y desinfectación. Todo ello, requerido en el marco de una medida cautelar.

Por otro lado, la Corte convocó varias audiencias públicas para que las partes pudieran exponer la información requerida y sus puntos de vista, tomando como modelo al caso “Mendoza” (acción colectiva referida a la contaminación del Riachuelo, Fallos, 329:2316, 3445, 3528; 330:22, 1158, 2476 y 3663).

Estas audiencias fijadas por la Corte produjeron que el Gobierno de la provincia del Chaco, mediando aprobación del Estado Nacional y del “Instituto del Aborigen Chaqueño”; presentara en el año 2009, un programa de inclusión para los aborígenes que habitan en las áreas comprendidas por la medida cautelar y que tenía como objetivo “asistencia alimentaria y social, prevención y promoción de la salud, provisión de agua potable, construcción de viviendas y soluciones habitacionales; mejoramiento de la red vial automotor, desarrollo productivo y educación” (Del informe de seguimiento de junio de 2011 presentado por los gobiernos nacional y del Chaco).

IV.- La acción de amparo y el acceso a la tierra.

La acción de amparo se crea a mitad del siglo XX, a través de los precedentes “Siri” (1508) y “Kot” (1509). Posteriormente se legisló su regulación por medio de la Ley N° 16.986 y a través de la Reforma Constitucional de 1994, se incluyó en su artículo 43.

Dicha acción es una herramienta de protección de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, frente a actos u omisiones de una autoridad pública o un particular..

En la actualidad la pérdida de los territorios y el dominio de grandes extensiones de las tierras en manos de personas no indígenas, con intereses contrapuestos tanto económicos como culturales, siendo prioridad de grupos, la actividad industrial extractiva sobre territorio indígena, como es la megaminería, hidrocarburos, agronegocios (soja y ganadería intensiva, entre otros) y monocultivo de árboles. También la especulación inmobiliaria y el turismo cinco estrellas (complejos exclusivos en Misiones, Patagonia y Jujuy, entre otros).

La falta de regularización territorial y la actividad que desarrollan los estados con estos grupos industriales, se contraponen con la solicitud de entregas de tierras por parte de las comunidades hacia los estados nacional y provincial. Y ello, ha generado que aún queden comunidades a las que no se les entrega su título de tierra. Dentro de este tenor se pronunció el Relator especial James Anaya indicando que *“A pesar de las importantes iniciativas nacionales y provinciales en la regularización de tierras indígenas, existen deficiencias en estas iniciativas, así como problemas en su efectiva implementación. Varias comunidades indígenas reportaron haber cumplido con los requisitos de los programas federales o provinciales de relevamiento y titulación territorial, sin obtener una respuesta de las autoridades competentes. En algunos casos, las comunidades reportaron haber entregado su documentación en diversas ocasiones durante períodos de hasta 15 años, y repetidamente se les informaba que les hacía falta la documentación requerida, por lo que debían comenzar con el proceso de solicitud de nuevo.”* (Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Pág. 7).

De esto se desprende un problema enquistado dentro de la burocracia estatal Argentina, que es la falta de concreción de las medidas implementadas, y la falta de celeridad en la reacción estatal frente a las peticiones de los particulares. Dichos procedimientos dieron lugar a que distintas comunidades interpusieran acciones de amparo con el objeto de la restitución de sus tierras ancestrales y reclamaron evitar la entrega a terceros e industrias.

En materia de pueblos originarios el Dr Eduardo R. Hualpa manifestó que "... Los argumentos del carácter excepcional del amparo, y la invocación de la necesidad de mayor amplitud de debate y prueba como fundamento de la inidoneidad de la vía han sido reiteradamente utilizados por los tribunales de todo el país en casos de reclamos indígenas, las más de las veces en forma dogmáticas e infundadas." (Hualpa, Eduardo R., *"Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas"*, Pág. 329).

En lo concerniente a las cuestiones de mayor amplitud de debate y prueba, los jueces han argumentado al denegar la acción de amparo; que tratándose de cuestiones de pertenencia étnica, el carácter ancestral de la posesión de las tierras, necesita de una vía más amplia de discusión. Este criterio se mantuvo hasta que el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de Jujuy, del 2 de mayo de 2006, en el marco de un amparo colectivo iniciado por representantes de las comunidades indígenas, entendió que "...a mérito de lo resuelto por la Corte Americana de Derechos Humanos respecto de la comunidad Mayagna Awas Tingi (Nicaragua), cuyos fundamentos y pautas considero perfectamente aplicables para el caso que nos ocupa, ninguna duda me cabe de que es el amparo la vía mas idónea para hacer valer los derechos de las comunidades aborígenes" (Tribunal Contencioso Administrativo de Jujuy, 02/05/2006 *"Andrada de Quispe Rosalía Ladiez c/ Estado Provincial s/ acción de amparo."*).

Con dichos fundamentos en lugar de desestimar la acción de amparo por cuestiones probatorias, el Tribunal le ordenó al gobierno de la Provincia de Jujuy que en un plazo de quince (15) meses se realicen los trámites de reconocimiento territorial a las comunidades aborígenes y mientras tanto se abstenga de entregar en propiedad, tierras a particulares. Este fallo, ha representado un cambio respecto de la participación del juez dentro del

proceso, reemplazando al juez propio del sistema dispositivo, por un juez mas presente en el desarrollo de la causa.

V.- Derechos de incidencia colectiva y los pueblos originarios.

Si bien el presente trabajo ha comentado litigios de incidencia colectiva para desarrollar de la ponencia. Resultan inevitable algunas opiniones sobre el tema.

En materia de litigios sobre pueblos originarios, al versar sobre cuestiones de vivienda, educación, medio ambiente, entrega de tierras es conveniente pensar estos casos desde un mandato dirigido a la administración orientado hacia un resultado, tal como menciona Ricardo Luis Lorenzetti “...*el tribunal reconoce la discrecionalidad de la administración y le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle como, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial*”. “*la decisión judicial respeta una frontera constitucional y no avanza en la definición de los procedimientos. Ello no significa que la declaración sea genérica, sino que puede fijar objetivos intermedios a cumplir por etapas y prioridades*”. (Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Justicia Colectiva*”, Rubinzal-Culzoni, Pág. 183.). Con este argumento, entiendo que es necesario respetar las facultades del poder ejecutivo como administrador para la implementación de estos procedimientos, con el fin de no violar el principio republicano de división de poderes.

Por otro lado, en lo que respecta a la legitimación de dichos pueblos para las distintas acciones colectivas, entiendo que hay que tomar los requisitos mencionados en el fallo de la Confederación Indígena de Neuquén del punto II) del presente trabajo, respecto de que “... *existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos pre-existentes a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conservan en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.*” (CSJN, 10/12/2013 “*Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del*

Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad"). En conclusión, si pueden probar ese hecho histórico y actual que menciona el criterio objetivo, como también, si cumple con los requisitos del convenio de la OIT N° 169, la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario, la legitimación se encontraría probada sin necesidad siquiera de la personería jurídica.

VI- Conclusión:

Este tema abordado durante la ponencia está lejos de tener solución, porque sin perjuicio de estos fallos judiciales, la solución se asienta en la decisión política de tomar partido respecto de estos compromisos asumidos, en el dictado de las leyes y que están a la espera de su cumplimiento.

Se trata de una deuda que tenemos con ellos, ya que representan nuestro patrimonio histórico y cultural, que data desde antes de la existencia del Estado Argentino.

A fin de revertir la premisa enunciada por los autores Torres Aliaga Tomás y Torres Secchi Alicia "Los pueblos originarios no callan, sólo resisten, en el subsuelo de la sociedad prácticas sociales genocidas de antes, de ahora y las que se anticipan para después." (Torres Aliaga, Tomás y Torres Secchi, Alicia "*Poder, accesibilidad y diferencias culturales en salud. Iruya 1978-2008*", Endepa, Formosa, 2010, Pág. 180).

En estos momentos la puerta de entrada a la ley se encuentra custodiada por un guardián que es el estado. A pesar de los esfuerzos de los pueblos por entrar, la puerta de la ley, permanece lejos del alcance de ellos. Hoy, con nuevas leyes, todavía no se ha hecho justicia.