

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy condenó a esa provincia a transferir a las comunidades indígenas —de los departamentos de Cochinoca, 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 y Adjudicación de Tierras a la Población Aborigen de Jujuy (en adelante "PRATPAJ" o "Programa de Regularización de Tierras"). Para ello, le otorgó a la demandada un plazo de 15 meses a fin de completar los trabajos y gestiones previas a la transferencia definitiva de la propiedad. Asimismo, ordenó a la provincia demandada transferir la propiedad de los lotes 1 y 515 del departamento de Santa Bárbara a sus pobladores originarios —comunidades del pueblo guaraní—.

Finalmente, condenó a la provincia a que cumpliera con lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante "Convenio 169 de la OIT") y, en consecuencia, diera participación a las comunidades indígenas en todas las actuaciones administrativas que involucraran sus territorios y que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, particularmente las que tramitaran ante el Juzgado Administrativo de Minas (fs. 171/180 vta. del expediente B n° 105.437/03 agregado, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

Con posterioridad, en el marco del proceso de ejecución de la sentencia, ese tribunal tuvo por cumplida la condena a cargo del Estado provincial (fs. 306/314 vta.). Contra esta decisión, las actoras, representantes de pueblos y comu-

nidades indígenas de Jujuy, interpusieron recursos de inconstitucionalidad (fs. 13/20 y 53/62 del expediente 6.555/09 agregado), que fueron desestimados por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy (fs. 119/131 del expediente 6.555/09 agregado).

El tribunal superior entendió que la decisión carecía de arbitrariedad. Por un lado, señaló que del informe elaborado por la Dirección del Programa de Regularización de Tierras (fs. 316/350) surge que la provincia cumplió la condena a transferir la propiedad definitiva de las tierras. Señaló que, incluso, se regularizó una mayor cantidad de tierras que las comprendidas en el convenio suscripto entre el Estado provincial y el nacional por el cual este último se comprometió a entregar un subsidio a los efectos de que la provincia ejecutara el Programa de Regularización de Tierras.

Por otro, el tribunal *a quo* tuvo por cumplida la manda a dar participación a las comunidades indígenas en los términos del artículo 15, apartado 2, del Convenio 169 de la OIT. Para ello, valoró el informe realizado por la magistrada a cargo del Juzgado Administrativo de Minas (fs. 351/400), que da cuenta del procedimiento de participación implementado. En el mismo sentido, manifestó que la intervención que se dio a las comunidades indígenas de acuerdo con el acta de reunión 236 (fs. 268/269) de la Unidad de Gestión Ambiental Provincial (UGAMP) era suficiente para tener por cumplida la sentencia. Puntualizó que de ese documento surge que las comunidades habían sido convocadas a una reunión informativa con posterioridad a la elaboración de un informe de impacto ambiental sobre diversos emprendimientos mineros. Según el tribunal, la sentencia de condena no había dispuesto que la participación de las comunidades debiera reali-

zarse con anterioridad a dicho informe, por lo que juzgó que la intervención garantizó lo previsto en el artículo 15, apartado 2, del Convenio 169 de la OIT.

—II—

Contra esa decisión, las actoras interpusieron sendos recursos extraordinarios federales (fs. 36/56 vta. de los autos S.C. A.759, L. XLVII, y 37/61 de los autos S.C. A.776, L. XLVII), cuya denegatoria (fs. 79/80 vta. de los autos S.C. A. 759, L. XLVII) motivó las presentaciones directas en examen (fs. 82/86 vta. de los autos S.C. A.759, L. XLVII, y 65/70 de los autos S.C. A.776, L. XLVII).

Las recurrentes alegan en estas presentaciones que la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy es contraria a los derechos constitucionales que habían sido reconocidos en la sentencia de fondo y que están consagrados en el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sostienen que la decisión recurrida fue dictada en violación al debido proceso legal —en particular, la cosa juzgada— porque modificó sustancialmente la sentencia de fondo, que estaba firme y consentida.

Por un lado, sostienen que la condena a transferir la propiedad de las tierras aún no ha sido cumplida en relación con varias comunidades indígenas. Fundan su reclamo en el informe elaborado por la Dirección del Programa de Regularización de Tierras, del que surgiría que la transferencia no se ha completado en muchos casos, en los que se encuentra pendiente la titulación. Apuntan que ello ha sido reconocido en la sentencia que tuvo por cumplida la condena cuando se refirió al “eventual derecho” del que podrán gozar las comunidades indígenas a

que las tierras “les sean efectiva y realmente entregadas” luego de culminar los trámites administrativos para obtener su reconocimiento como tales y demostrar que las tierras les pertenecen (fs. 19 vta. y 20 de los autos S.C. A. 759, L. XLVII). En suma, las recurrentes entienden que la sentencia modificó la obligación establecida en la resolución de fondo y la restringió arbitrariamente en violación a sus derechos constitucionales.

Por otra parte, en relación con la consulta y participación indígena, las recurrentes critican la decisión de haber tenido por cumplida la manda judicial a pesar de que las comunidades indígenas sólo pudieron participar, en el marco de emprendimientos mineros, luego de la elaboración de los informes de impacto ambiental. Aseveran que ello significó una violación de lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, del Convenio 169 de la OIT y, por consiguiente, un apartamiento de los términos de la sentencia condenatoria, cuyo contenido habría sido restringido en la decisión recurrida.

–III–

Si bien las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución de sentencia no constituyen, en principio, sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, la Corte ha hecho excepción a esa regla cuando lo resuelto pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909; 329:502; 330:3426, entre muchos otros), lo que ocurre cuando lo decidido se aparta palmariamente de la sentencia dictada, en violación de la cosa juzgada y de derechos protegidos por garantías constitucionales (Fallos: 319:1885; 320:834; 323:2740, entre muchos otros). Tal como expondré más adelante, esto es lo que acontece en el *sub lite*.

En las presentes actuaciones se cuestiona el acceso pleno de los pueblos indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional y artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la ley 24.071 y ratificado en el año 2000) en los términos y condiciones que habían sido reconocidos en la sentencia definitiva. Asimismo, se encuentra en juego la inteligencia del derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que puedan afectar a las comunidades indígenas (artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, y artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT). Además, la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos que las recurrentes fundan en las citadas cláusulas constitucionales (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

Entiendo que los motivos de arbitrariedad invocados están estrechamente vinculados con los temas federales en discusión, ya que las recurrentes sostienen que la decisión del Tribunal Superior de la Provincia de Jujuy significa un apartamiento arbitrario de los derechos constitucionales con el alcance con el que habían sido reconocidos en la sentencia definitiva. Por ello, considero que los agravios basados en una y otra causal deben ser examinados conjuntamente (Fallos: 323:1625; 329:1631; 330:2206, entre muchos otros).

Por lo tanto, opino que debe hacerse lugar a los recursos de queja interpuestos.

–IV–

Las actoras representan a un conjunto de comunidades indígenas que viven, desde antiguo, en los departamentos de Cochinoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande de la

Provincia de Jujuy. El reclamo de estas comunidades por la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan tiene larga data.

Al respecto, cabe poner de resalto que en 1949 el Estado Nacional expropió tierras ubicadas en algunos de dichos departamentos y se las transfirió a la Provincia de Jujuy con la finalidad expresa de que fueran adjudicadas, en propiedad, a sus ocupantes (ley 14.551). Sin embargo, tal entrega no fue concretada.

En el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, se reemplazó la antigua cláusula del artículo 67, inciso 15, que disponía “conservar el trato pacífico con los indios, y proveer a la conversión de ellos al catolicismo”, por el actual artículo 75, inciso 17. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar “el respeto de su identidad cultural”. Entre ellos se encuentra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas, y el derecho a la consulta y participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten.

Estos derechos fueron, a su vez, reconocidos como parte integrante del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención Americana”), de acuerdo con la contante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cf. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 148; y “Caso Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 143, entre muchos otros). Además, fueron consagrados a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículos 6, 7, 14 y 15). En el mismo sentido, cabe destacar la adopción de la Declaración sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007.

Dos años después de la reforma constitucional, el Estado Nacional firmó un convenio con la Provincia de Jujuy por el que se comprometió a entregar un subsidio con el fin de que ésta ejecutara el Programa de Regularización de Tierras denominado PRATPAJ y entregara los títulos traslativos de dominio a las comunidades de los departamentos provinciales mencionados. En el año 2000, se celebró un nuevo acuerdo con el objeto de facilitar el cumplimiento de los compromisos contraídos. Los acuerdos fueron aprobados por las leyes provinciales 5030 y 5231, respectivamente.

No obstante, los retrasos en la regularización de la propiedad comunitaria indígena llevaron a las comunidades a presentar, en el año 2003, una acción de amparo contra la Provincia de Jujuy (fs. 57/69 vta.). Se trató de un amparo de naturaleza colectiva —en los términos del artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— en el que reclamaron, en lo que aquí interesa, que se afectaran las tierras comprendidas en el PRATPAJ y se concretara la definitiva transferencia de la propiedad. Además, exigieron que se entregaran tierras aptas y suficientes para el pueblo guaraní. Por último, solicitaron que se las consultara y se les diera participación obligatoria en todas las actuaciones administrativas referidas a sus tierras o que de algún modo pudieran afectarlas.

Estos planteos fueron receptados de manera favorable en la sentencia definitiva de la causa. Doce años después de creado el Programa de Regularización de Tierras, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy tuvo

por cumplida dicha sentencia, lo que posteriormente fue confirmado por el Superior Tribunal de Justicia de esa provincia.

Tal como expondré a continuación, dicha decisión es, a mi juicio, contraria a los términos de la sentencia definitiva, y modifica el alcance con que ésta había reconocido el derecho a la posesión y propiedad comunitaria, y el derecho a la consulta y participación indígena.

—V—

En primer término, la decisión recurrida tuvo por cumplida la condena a la Provincia de Jujuy a transferir la propiedad definitiva de las tierras afectadas al Programa de Regularización de Tierras, aun ponderando que la transferencia de las tierras a diversas comunidades se encontraba en la etapa de mensura o en otras etapas preliminares.

A mi modo de ver, esa decisión desconoció el derecho federal que había sido reconocido en la sentencia definitiva de la causa por cuanto el derecho a la propiedad comunitaria consagrado en el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional se materializa con la efectiva titulación de las tierras tradicionales indígenas.

Al respecto, la 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. En tal sentido, 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 pueden llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquies-

cencia 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”, ya citado, párrafo 153).

A su vez, la 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).

Por su parte, cabe 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 3°).

Asimismo, resulta oportuno recordar que según la doctrina del Máximo Tribunal “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérpre-

te última de la Convención Americana” (Fallos 330:3248, considerando 21; 333:1657, considerando 8°).

En el *sub lite*, las comunidades indígenas han denunciado la falta de titulación de tierras (fs. 261 a 264) y del propio informe del PRATPAJ presentado por la demandada (fs. 316/350) surge el incumplimiento de la totalidad del objeto de condena. Se enumeran allí un conjunto de comunidades indígenas a las que todavía no les fueron transferidas en propiedad las tierras que ocupan tradicionalmente, a pesar de estar ubicadas en los departamentos provinciales comprendidos en la resolución de fondo. Éste es el caso, entre otras, de las comunidades indígenas de San Juan y Oros, Queta, Tambillos, El Morado, Chucalezna, Cueva del Inca y Punta Corral, que viven en los departamentos de Cochinoqa, Tilcara, Tumbaya y Humahuaca.

Por tal razón, la 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. De tal modo, la decisión recurrida restringió arbitrariamente el alcance de la condena oportunamente dispuesta en violación a la cosa juzgada y desconoció el alcance del derecho constitucional mencionado.

-VI-

Por otra parte, en relación con el derecho a la consulta y participación, la decisión recurrida tuvo por cumplida la condena que le ordenaba a la provincia dar participación a las comunidades indígenas en todas las actuaciones administrati-

vas que involucraran sus territorios y que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, particularmente las que tramitaran ante el Juzgado Administrativo de Minas.

El tribunal interpretó que el derecho a la consulta y participación se encontraba satisfecho, aun cuando de las constancias de la causa surge —y así lo entendió el propio tribunal *a quo*— que en el marco de emprendimientos mineros se dio intervención a las comunidades indígenas con posterioridad a la realización de los estudios de impacto ambiental (ver acta de reunión n° 236 celebrada en el marco de la UGAMP, mencionada en la sentencia recurrida, y, en el mismo sentido, actas de la reunión obrantes a fs. 429/449). Esta declaración del tribunal *a quo* se tradujo, en concreto, en tener por convalidada una interpretación que vulnera el pleno ejercicio del derecho a la consulta y participación —por las razones que explico a continuación—, que impide a los afectados realizar una reclamación posterior.

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.

En mi entender, contrariamente a lo dispuesto en la resolución recurrida, la vigencia de ese derecho demanda que, en el marco de un emprendimiento minero, la consulta y participación a las comunidades indígenas sea realizada en to-

das 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 Saramaka vs. Suriname”, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 133).

En el mismo sentido, 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”. De allí surge la necesidad de que los pueblos indígenas intervengan y colaboren en la elaboración de esos informes, lo que no podría ser satisfecho a través de una mera puesta en conocimiento de los informes con posterioridad a su realización. De hecho, ésa es la interpretación adoptada por el propio Poder Ejecutivo provincial en el decreto 5772/2010 (artículo 15).

En resumen, cabe concluir que la sentencia recurrida —al tener por cumplida la condena con la mera participación de los pueblos indígenas en el marco de emprendimientos mineros con posterioridad a la elaboración de los informes de impacto ambiental— restringió el alcance de la sentencia definitiva oportunamente dispuesta en violación a la cosa juzgada. En efecto, se ha adoptado una interpretación del derecho federal en cuestión que no asegura su vigencia como una instancia de participación verdadera de los pueblos indígenas en defensa de su identidad cultural. De este modo, se ha ocasionado un perjuicio concreto a los recurrentes porque se los priva de toda acción u reparación posterior por la violación de ese derecho.

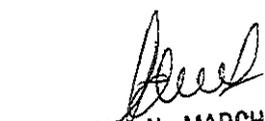
—VII—

En virtud de todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedentes los recursos de quejas, hacer lugar a los recursos extraordinarios y revocar la sentencia recurrida.

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBO


MARIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación