

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, a los 2 días del mes de Mayo del año dos mil seis, reunidos los señores vocales del Tribunal Contencioso Administrativo, integrado por los Dres. Luis Celestino González, Benjamín Villafañe, y Luis Oscar Morales, vieron el Expte. Nº 8-105.437/03, caratulado: "Acción de Amparo: Andrada de Quispe Rosalía Ladiez, Lucio Vasquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, René Calpanchay González, Flora Elsa Cruz, Severiano Lamas, Petrona Siveria Salas, Samuel Abel Camacho c/ Estado Provincial", luego de lo cual:

El Dr. González dijo: 1.- Rosalía Ladiez Andrada de Quispe, Lucio Vasquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, René Calpanchay Gonzalez, Flora Elsa Cruz, Severiano Lamas, Petrona Siveria Salas, y Samuel Abel Camacho, interponen acción de amparo contra el Estado Provincial. Pretenden: 1) se le condene abstenerse de continuar entregando tierra a particulares afectadas para su entrega a comunidades aborígenes situadas en territorios denunciados como propios con personería jurídica otorgada en los departamentos de Cochitoca, Yavi, Tumbaya, Santa Bárbara y Valle Grande, 2) Se condene al Estado Provincial a afectar expresamente las tierras comprendidas en el convenio y protocolo adicional para el programa de regularización y adjudicación de tierras para la población aborígen haciendo constar esta afectación con anotación marginal en el Registro Inmobiliario, 3) se le condene a informar la planificación existente respecta las comunidades aborígenes, debiéndose precisar plan de trabajo, fecha prevista para su culminación, y recursos a ser destinados, 4) informe en particular sobre los cursos de acción para la entrega de las tierras aptas y suficientes de los departamentos Ledesma y San Pedro, 5) informe la situación de las tierras afectadas para el cumplimiento de programa de entrega, específicamente, lo referido a los lotes ex1 y 515, tierras fiscales del Talar y Vinalito, debiéndose informar la totalidad de fondos asignados a los programas de entrega de tierras y uso de estos fondos, 6) se fije plazo para que el Estado Provincial complete los trabajos necesarios con transferencia definitiva de las tierras a las comunidades aborígenes, dejando solicitado que no sea mayor al de un año, 7) se establezca que las comunidades aborígenes sean parte obligatoria en las actuaciones administrativas que traten la situación de tierras ubicadas en los territorios denunciados por las comunidades, o que de algún otro modo pudieren afectarlas, particularmente, en actuaciones que se tramitan en el Juzgado de Minas, 8) se le condene para que efectúe lo necesario para la entrega de tierras aptas y suficientes para el pueblo guaraní conforme compromiso asumido en el protocolo adicional aprobado por ley 5231, dejando solicitado se establezca plazo no mayor al de un año. Aclaran que estas peticiones se formulan en forma alternativa y que para el supuesto de rechazo de algunos, se consideren las demás. Plantean la inconstitucionalidad de las normas que se contraponen a las disposiciones de la Constitución Nacional o del Convenio OIT 169. Destacan que la acción interpuesta debe reputarse amparo colectivo, teniendo legitimación substancial activa otorgada por el art. 43, párrf. 28 C.N. Destacan que los derechos de incidencia colectiva se caracterizan por ser compartidos por una pluralidad de sujetos, cada uno de ellos afectados individualmente, también por pertenecer a una multiplicidad indeterminada de sujetos eventualmente afectados en sus intereses difusos, siendo amparo colectivo porque el interés corresponde a grupo diferenciado. Se encuentran afectados por ser miembros de comunidades de aborígenes de la Comisión de Participación Indígena, representantes de los departamentos donde se encuentran las comunidades, designados por elección, considerada al procederse a su integración por Decreto 810-BS-01. Reseñan antecedentes históricos y jurídicos que abonan su pretensión, resaltando el incumplimiento del Estado Provincial al Convenio nº 169 OIT, incorporado a la legislación nacional por ley 24071/92. En 1995 se reguló la personería jurídica a las comunidades y a partir de allí, muchas comunidades presentaron estatutos y actas de creación. En 1996/1997, la Secretaría de Desarrollo de la Nación asignó fondos destinados a la regularización de la propiedad de las tierras de las comunidades aborígenes, convocándose a referentes de pueblos indígenas de todo el país, cumpliéndose un proceso que culminó en una reunión en la que se aprobó un documento cuyas conclusiones se remitieron al Congreso de la Nación. En diciembre de 1996, se firmó convenio entre Nación y Provincia que fue aprobado por ley 5030. En su art. 1. estableció un subsidio no reintegrable al Ministerio de Bienestar Social por \$ 1.538.135 para la ejecución del programa de regularización y adjudicación de tierras a la provincia que comprende regularización de 1.283.300 hectáreas y 15.583 hectáreas en los departamentos Cochitoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande beneficiando a 20.233 familias de las comunidades aborígenes de la provincia para la entrega de los títulos traslativos de dominio. La provincia debió utilizar el aporte entregado en un plazo de 90 días a partir de la efectiva fecha de su recepción, estableciéndose para el supuesto de incumplimiento, la caducidad del subsidio incumpliendo el Estado Provincial este compromiso. La ley 5030 de aprobación del convenio de regularización y adjudicación de tierras de la población aborígen celebrado el 27/12/96 dispuso subsidio no reintegrable para la Provincia de \$ 1.538.195 para la ejecución del programa de regularización y adjudicación de tierras en beneficio de la población aborígen de la Provincia de Jujuy, estableciendo en el art. 2, que la adjudicación de tierras que tradicionalmente ocupan los aborígenes deberá ejecutarse según opten los beneficiarios, por el sistema de propiedad comunitaria o individual previsto en el art. 75 inc. 17 C.N. conforme régimen de las leyes nacionales nº 23302 y nº 24071, o el régimen de la propiedad individual previsto en ley 4394. Destacan que estableció la posibilidad de entrega de tierras que conforme a la Constitución Nacional pertenecen a las comunidades aborígenes, en forma individual, contrarias al texto constitucional, estableciendo que la adjudicación de tierras en forma comunitaria, debía ser aprobada por

ley que nunca llegó a sancionarse, aprobando la entrega de la tierras. La ley 5030 constituye obstáculo definitivo porque supedita la entrega de tierras al dictado de una ley especial, en lugar de derivar su ejecución al Poder Ejecutivo previendo la participación legislativa caso por caso. En el art. 6 establecía que los Presidentes de las Comisiones de Asuntos Institucionales, Economía y Obras y Servicios Públicos constituirán la Comisión de Seguimiento, debiendo la Comisión Interministerial de Coordinación y Control de Gestión elevar informes respecto a la ejecución del programa cada 60 días, lo que fue incumplido. En el año 2000, se firmó un convenio entre Nación y Provincia comprensivo de la regularización dominial de 1.283.300 de hectáreas fiscales rurales y 15.583 parcelas fiscales urbanas en Cochinoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande que beneficiaba a 20.233 familias de comunidades aborígenes de la Provincia. El objetivo central del programa era la concesión definitiva de los títulos traslativos de dominio de tierras tradicionalmente ocupadas de las comunidades indígenas para su desarrollo humano. Se acordó la creación de una Comisión Interministerial de Coordinación que se denominó Unidad Ejecutora del Programa de Regularización y Adjudicación de tierras a la población aborígen de la Provincia. Se creó además, la Comisión de Participación Indígena integrada por un representante de cada comunidad aborígen, estableciéndose que desempeñarían los cargos sin remuneración, destacándose que se acordó que el Instituto Jujeño de Colonización adjudicaría tierras a beneficiarios del programa ni a terceros, de las enumeradas en el Convenio del 27/12/96. Fue aprobado por ley 5231 de aprobación del Protocolo Adicional al Convenio de Regularización y Adjudicación de Tierras a la Población Aborígen, y modificación de la ley 5030, la que excluía la posibilidad de entrega de tierras en forma individual lo que continúa adjudicando el Instituto de Colonización y la Dirección General de Inmuebles, quedando los gastos de mensura y otorgamiento de los títulos en las partidas que se prevea en cada presupuesto. El 31/3/01 se conformó la Comisión de Participación Indígena por asamblea con delegados titulares y suplentes para los distintos departamentos, ratificándose la denominación de la Unidad Ejecutora Provincial del Programa de Regularización y Adjudicación de tierras a la población aborígen de la Provincia. Los antecedentes citados acreditan que el Estado Provincial está obligado a entregar las tierras a las comunidades aborígenes habiéndose percibido los fondos correspondientes, incumpliendo las normas que lo tornaban exigible, por haberse proseguido entregando tierras afectadas al Instituto de Colonización y Dirección General de Inmuebles y la necesidad de establecer fechas precisas para la ejecución de la entrega de las tierras. Resalta los inconvenientes que se presentan por los incumplimientos mencionados, agravados con la entrega de tierras dispuesta a terceros ajenos a las comunidades, por la asignación con otras finalidades, ejemplificando diversas situaciones extensivas a concesiones mineras a particulares sin consideración a las comunidades titulares de los inmuebles en las que las explotaciones se realizan, que no ocurriría si las tierras estuviesen entregadas a las comunidades e inscripta la titularidad del dominio. Haciendo otras consideraciones en apoyo a su pretensión, deja solicitado el andamio de la acción conforme lo planteado.

2. La demandada comparece negando los hechos invocados por los actores. Sostiene la improcedencia de la vía de amparo por razones procesales y substanciales. Señala que los actores representan a la Comisión de Participación Indígena, que participa con la Comisión de Unidad Ejecutora del Programa de Regularización y Adjudicación de tierras a la población aborígen de la Provincia, cerrada por el Protocolo Adicional aclaratorio del convenio suscripto entre el Ministerio de Bienestar Social de la Provincia y la ex Secretaría de Desarrollo Social de la presidencia de la Nación, estableciéndose las facultades de la Comisión en la redacción del reglamento operativo, teniendo por ello, acceso a la totalidad de la evaluación, especialmente, a la utilización de fondos, pudiendo realizar propuestas, observaciones, evaluaciones, y pedir cuentas a la Unidad Ejecutora del Programa. Refiere que no se integró al programa la totalidad de las sumas dinerarias comprometidas, lo que incidió en su ejecución. Cuentan los accionantes con el ejercicio de la vía administrativa prevista en la ley, otorgándoles facultades respecto a los temas contenidos en el programa. Agrega que las facultades que les asiste a los accionantes, quedó acreditada con la nota remitida a la Ministro de Desarrollo Social de la Nación solicitándole la remisión de la 3º cuota convenida entre el Estado Nacional y la Provincia en el Protocolo Adicional firmado en los años 1996 y 1997. Sostiene la inadmisibilidad substancial de la acción interpuesta por no presentarse los vicios de arbitrariedad e ilegalidad. Niega haber entregado a particulares tierras afectadas al Programa. Señala que se ajusta a la letra y el espíritu de la C.N. y C.P. la entrega individual de tierras. Lo dispuesto por la C.N. art. 75, inc. 17, no puede ser interpretado que por ser aborígenes y pertenecer a la comunidad, solo pueden acceder a la propiedad comunitaria. Destaca que el espíritu de la norma fue reconocer la ocupación de tierras de las comunidades aborígenes desde antaño, resultando necesario que la voluntad se exprese a través de las constituciones de personas jurídicas y del relevamiento y censo que de tierras y habitantes realiza la autoridad competente, no siendo incompatibles ambos ordenamientos. La ley 23302, art. 7 garantiza a los integrantes de comunidades aborígenes el derecho a la propiedad individual, concordante con lo dispuesto en la ley 5030, art. 2. Con respecto al cumplimiento del convenio, destaca la necesidad de llevar a cabo relevamiento y censo, lo que no puede analizarse en un proceso de amparo ni cumplirse en el plazo de un año cuando se encuentra cumpliendo lo convenido y respetando los derechos de los aborígenes. Reseña los trabajos realizados por el Problema, importando el proceso de regularización de tierras ocupadas tradicionalmente por comunidades aborígenes. Agrega que se efectuaron planteos de particulares aborígenes y no aborígenes, solicitando propiedad de las tierras en forma individual, lo que acredita que no

todos los aborígenes prestan acuerdo con el sistema de propiedad comunitaria. Por ello, a través el Instituto Jujeño de Colonización, efectuó adjudicaciones a particulares, sin que ello implique transgredir derechos que la Constitución reconoce a las comunidades. Resalta que no dispuso entrega de tierras ocupadas por comunidades aborígenes a particulares, existiendo coordinación entre la Dirección General de Inmuebles y el Instituto de Colonización a fines de evitar superposición de pedidos sobre las mismas tierras, ejemplificando el caso de las tierras de Susques, Humahuaca y Calilegua, en los que se realizó adjudicaciones a comunidades aborígenes. Niega la urgencia invocada por los accionantes. Con respecto a los fondos a remitir, señala que la Nación solo ha abonado dos cuotas de las ocho convenidas, hecho conocido por los accionantes por ser integrantes de la Comisión de Participación Indígena facultados a solicitar informes de los trabajos que se realizan en el programa. Reitera la necesidad de llevar a cabo el relevamiento y el análisis de cada uno de los expedientes administrativos en los que se han adjudicado tierras a particulares, que excede el marco de la vía de amparo. Con respecto a las concesiones mineras, destaca es competencia del Juzgado Administrativo de Minas cuyas resoluciones son recurribles ante el Poder Judicial, careciendo por ello, el Poder Ejecutivo de atribuciones. Ofreciendo pruebas, solicita la desestimación de la acción.

3. En la oportunidad prevista en el CPC, art. 39º inc. 1, los accionantes niegan los hechos expuestos por la demandada, y ofreciendo contraprueba, insisten en la demanda.

4. La acción interpuesta deberá desestimarse por ser en el caso inadmisibles la vía de amparo articulada. El concepto que la norma constitucional impone (art. 43), es de la preferencia de la vía más idónea, no el de la preferencia de la vía de amparo. No basta analizar en abstracto si dada la naturaleza del derecho ofendido podría corresponder acción de amparo. Ella es proponible, aunque existan otras vías siempre y cuando sea nítidamente más idóneo para lograr la pretensión del derecho o garantía constitucional de que se trata. Siempre que el acto y omisión objetado luzca manifiestamente arbitrario o ilegal y produzca la actual o inminente lesión, restricción, alteración o amenaza de un derecho esencial y disponible, debe admitirse formalmente la vía excepcional del amparo. Este art. 43, nada ha modificado en cuanto al amparo no es substitutivo de los procedimientos ni de las instancias comunes, sino remedio de excepción en situaciones de agravio manifiesto o arbitrario para las cuales no resultan idóneas las vías ordinarias. El grado de idoneidad de la vía utilizada para el restablecimiento del derecho es correlativa a su grado de verosimilitud y para que sea admisible la vía de amparo es imprescindible que la arbitrariedad e ilegalidad del acto u omisión lesiva que da sustento a la pretensión sea notoria. Por ende, cuando la ilegalidad y arbitrariedad no son manifiestas, es evidente que el caso merece o es susceptible de mayor debate o prueba por que así lo impone el resguardo y la efectividad de la defensa en juicio. La ilegalidad se refiere a un proceder contrario a la ley vigente y la arbitrariedad se refiere a la forma de actuar basada solo en la voluntad o capricho sin obedecer a principios dictados por la razón, la lógica o las leyes. La C.N., art. 43, determina que el amparo no será procedente si existe otro medio más idóneo. A su vez, la Constitución de la Provincia (art. 41 n° 1), establece "... si no existieren procedimientos eficientes acordados por las leyes o reglamentos para reparar el agravio, lesión o amenaza". Se advierte que en ambos preceptos, se exige que no haya otra vía más apropiada para restablecer el derecho afectado y si el justiciable tiene expedita esa vía más idónea, la acción de amparo, solo puede ser acordada contra actos administrativos de ilegalidad manifiesta, es decir, aquellos donde el desconocimiento de los preceptos legales pertinentes por parte de la autoridad administrativa sea lo suficientemente claro o inequívoco como para imponerse "per se" de manera palmaria, sin necesidad de un debate detenido o extenso, habida cuenta de que el carácter sumarísimo del trámite es inherente a la naturaleza del amparo. (STJ. L.A. 36 fg 236/238, N° 106: L.A. 36, fg818/822, N° 352). Como se desprende de la doctrina del caso "Kot", siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el exámen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponde que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del recurso de amparo, extremos que no se presentan en el sub exámen.

5. En el caso, no surge en forma nítida, manifiesta la ilegalidad o arbitrariedad invocadas en el escrito de demanda como con claridad lo expone la representante de la demandada en el responde, no habiendo los accionantes acreditado ilegalidad, irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta, tampoco omisión por parte del Estado Provincial que lesione sus derechos constitucionales. La naturaleza excepcional de la vía de amparo no se configura en autos resultando en el caso improcedente. Es causal de inadmisibilidad, el requerimiento de mayor amplitud de debate o prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto impugnado, solución que se concilia con el carácter excepcional, rápido, sumarísimo y delimitado marco cognoscitivo que tipifica a esta acción (L.L. 1996 A.I. pag. 73, N° 85), resultando ajeno al ámbito de amparo la dilucidación de la controversia de orden fáctico requerida de mayor debate y prueba y que por su naturaleza conviene a su más ordenado y correcto tratamiento e incluso los propios intereses del recurrente (L.L. 1989 B-232). El proceso del amparo no es un medio versátil para procurar solución jurisdiccional a una gama indiscriminada de conflictos. Un ensanchamiento indebido de su cauce provocaría sin dudas, su desnaturalización, con la consecuente afección al principio del debido proceso por la cognición limitada que implica su trámite. (LA 36, fg 818/822, n° 352, L.A. 44, fg 1178/1180, n° 518), quedando excluida cuando

para el juzgamiento de invalidez del acto, se presenta una complejidad factiva normativa o axiológica que supera su estrecho límite de desenvolvimiento (T.E. Córdoba, Miranda y otros c/Municipalidad de Córdoba, LLC, 1999-1462).

6. Por las consideraciones expuestas, la acción de amparo interpuesta deberá desestimarse con costas de aplicación del principio general. El honorario de la representante de la accionada Dra. Eugenia Ovando se regula en \$ 900, atento la complejidad de las cuestiones planteadas, eficacia de la labor cumplida y éxito obtenido. El del representante de los accionantes Dres. Pablo Baca y Enrique A. Oyharzabal Castro se regula en \$ 450 respectivamente. La regulación llevará hasta su pago, el interés tasa pasiva promedio que publica mensualmente el BCRA, (Com. 14290), con más IVA en caso de corresponder.

Tal es mi voto.

Dr. Luis Celestino GONZÁLEZ

El Dr. Benjamin Villafañe dijo: Respetuosamente, disiento con el voto que antecede, principalmente por cuanto considero que, conforme se planteara la acción, el proceso de amparo que se rige en cuanto a debate y prueba por las normas del proceso sumarísimo, es una vía idónea para contener la controversia suscitada entre partes, conforme criterio de Interpretación amplia en lo referido a producción de prueba asumido constantemente por este Tribunal.

En este sentido reitero lo que sistemáticamente hemos sostenido, criterio a su vez asumido por el STJ: “No debe perderse de vista que en la ponderación de la procedencia del amparo deben privar criterios de amplitud y flexibilidad sin apego a excesivos rigorismos formales que a la postre pueden obstaculizar o impedir el restablecimiento inmediato del derecho restringido y que la propia Constitución de la Provincia impone como directriz el temperamento precitado, al prescribir que en el amparo “... debe seguirse la vía...” (Art 41 inc. 2). Es obvio por ende, que la norma constitucional autoriza al Juez o Tribunal a adaptar las formas procedimentales a la naturaleza de la cuestión ventilada, sin apego a excesos rituales, y en el loable afán por evitar una indefinida prolongación de la cuestión. Es claro que así debe ser, habida cuenta de la urgencia inmanente que importa la acción de amparo, en cuyo trámite los rigorismos formales pueden desviar a los jueces del cometido de lograr una rápida tutela del derecho afectado (cfr. S.T.J. LA. N° 39, Fg 214/218, N° 294).”

“Como lo sentó la C.S.J.N.: ...”que si bien es cierto por principio, que la vía excepcional del amparo no sustituye las instancias administrativas y judiciales, no lo es menos que siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a aquellos procedimientos ordinarios, corresponde que los Jueces entren a conocer sobre el fondo del asunto a fin de restablecer de inmediato el derecho restringido por la expedita vía del amparo (C.S.J.N., casos “Kot y Siri” Fallos: 280:228; 313:811; L.L., 1976-B-180 entre otros.”

“No debe olvidarse que no es la existencia de otra vía la que cierra indefectiblemente el amparo sino que aún existiendo- debe ser inepta para dar pronta solución a la cuestión planteada. En otras palabras, la aptitud o ineptitud de las vías previas... depende de que en el caso concreto existe una situación de urgente necesidad en obtener la protección que se intenta por aquellos otros procedimientos ordinarios (cfr. S.T.J., L.A. 39, Fg 141/143, N° 60, 10/09/90).”

“La declaración de derechos efectuada en la Constitución Nacional no solo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias ya cumplirlas, es decir, que asume un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas (cfr. Harriou Maurice, “Principios de Derechos Públicos y Constitucional, 2da ed. Instituto Editorial Reus, Madrid).”

En función a tales principios que serán tenidos en consideración a los efectos de la resolución de la presente causa, tengo también especialmente en cuenta lo establecido en el Convenio N° 169 de la O.I.T. (aprobado por ley 24.071 en el año 1992 y ratificado internacionalmente en el año 2.000) y arts. 74 y 75, inc. 17 de la Constitución de la Nación.

Señala este Convenio N° 169 en el art. 13 que: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

“2. La utilización del término “tierras” en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

Por su parte, el art. 14 expresa: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...”

“... 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.”

“3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formulados por los pueblos interesados.”

Por su parte, el Art. 15 establece que: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

“2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados, y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

Como se puede advertir de la transcripción realizada, lo establecido en el citado convenio es de manera imperativa.

Se ha dicho por la doctrina que Aunque hayan pasado quinientos años, hoy la Constitución, por vía reparatoria fija los principios del Derecho Indiano, en sentido vivencial más allá de la polémica historicista sobre si constituía un caso o un sistema, hoy es una justa realidad (Petit, Carlos, El caso del Derecho indiano, PS, 665 a 677).”

“Se trata de una justa reparación histórica que –aunque tardía-, resulta imperiosa para una sociedad democrática, pluralista sin exclusiones ni discriminaciones de naturaleza alguna” (Benzi, María, Conv. Nac. Const., Proyecto ingresado, N° 37, p. 2047).” (Roberto Dormí – Eduardo Menem, La Constitución Reformada, Ediciones Ciudad Argentina, pag. 244).

Por otra parte, a mérito de lo resuelto por la Corte Americana de Derechos Humanos respecto de la Comunidad Mavagna Awas Tingni (Nicaragua), cuyos fundamentos y pautas considero perfectamente aplicables al caso que se ocupa, ninguna duda me cabe de que es el amparo la vía idónea para hacer valer los derechos de las comunidades aborígenes.

En el caso que ahora nos ocupa, debe tenerse en cuenta que la Provincia de Jujuy ha celebrado un convenio con la Nación a los fines de hacer efectivo lo prescripto en el art. 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación y Convenio N° 169 de la O.I.T., convenio que ha tenido principio de ejecución.

En tal sentido, es de reconocer y valorar todos los esfuerzos realizados por el Estado Provincial, dado que permanentemente dan cuenta los medios de difusión, de que se viene cumpliendo con el programa de adjudicación de las tierras de las que son poseedores diversas comunidades aborígenes. Así también consta en autos la entrega de sus tierras a las comunidades aborígenes de Penti Carandai, La Cueva y Pueblo Viejo (ver fs. 90/98 de autos).-

Sin embargo, el cumplimiento con dicho programa, ha sido parcial y evidentemente existe un retraso con la entrega de las tierras comunitarias.

Es de hacer notar que diversos oficios de fs. 131/136 librados a distintas reparticiones no han sido contestados, lo que lógicamente debe jugar como presunción en contra de la demandada a mérito de la doctrina de la carga dinámica de la prueba.-

Dicho de otro modo, con arreglo a lo previsto en el art. 16 parr. 2º del C.P.C., la conducta procesal omisiva de la demandada en relación a los hechos que se pretendían probar mediante tales requerimientos, autoriza a tener por ciertos los hechos invocados al respecto por la actora.

Por lo tanto, y en acuerdo a las propias aseveraciones del Estado y reconocimientos vertidos en su responde, se encuentran restringidos y vulnerados los derechos contemplados en la Constitución de la Nación (posesión, y propiedad comunitarias de las tierras ocupadas, entrega de otras aptas suficientes para el desarrollo humano, participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten).-

Si bien al contestarse la demanda, la accionada ha argumentado que no puede dar cumplimiento íntegro con el programa en cuestión debido a que la Nación no aporta los fondos necesarios para ello, considero que esto no constituye justificativo para soslayar el compromiso asumido con las comunidades en tal sentido; y toda vez que la Constitución de la Provincia en su art. 74 que hace referencia a las tierras fiscales, en el inc. 2º dispone que deberán ser colonizadas y destinadas a la explotación agropecuaria o forestal mediante su entrega en propiedad, debiendo tener asignación preferencial los pobladores del lugar cuando poseen condiciones de trabajo y arraigo, (el subrayado es mío) como es el caso de las comunidades aborígenes (acápite 2º del mencionado inciso).

En el escrito de demanda se denuncia que organismos provinciales (Instituto Jujeño de Colonización y Dirección Provincial de Inmuebles) estarían entregando tierras a terceros y que al darse concesiones mineras, las comunidades no tienen debida participación, motivo por el cual se afectan sus derechos (propiedad, participación en la gestión de los recursos naturales, afectación por impacto ambiental).- También se ha denunciado que como consecuencia del retraso en la entrega de las tierras, alguna comunidad se ha visto privada de acceder a programas de desarrollo, como es el caso del pueblo guaraní respecto de los lotes 1 y 515 ubicados en el Departamento de Santa Bárbara.

Consecuentemente, teniendo en consideración el precedente ya citado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Comunidad Mavagna Awas Tangni (Nicaragua), como los demás fundamentos expuestos, propicio se haga lugar a lo demandado en el ap. 6º de la acción y se establezca un plazo para que la demandada proceda completar los trámites y ejecutar las actividades del caso hasta concretar la entrega de las tierras a sus pobladores originarios (comunidades aborígenes del pueblo guaraní). Que estimo adecuado fijarlo en el término de 15 meses, habida cuenta de las mensuras y demás trabajos de delimitación que todavía están pendientes de realización.

En otro orden, jerarquizada doctrina ha dicho que “Las obligaciones implícitas, sean de las autoridades o de los particulares, integran un conjunto que no es de desdeñar en el sistema axiológico de la constitución, especialmente cuando hay que exigir su cumplimiento para satisfacer derechos, bienes jurídicos o valores, tanto en el supuesto de una relación directa entre un sujeto activo y el correspondiente sujeto pasivo, como en la hipótesis de deberes correlativos de intereses, bienes o derechos colectivos o supraindividuales.”

“No contamos en la constitución con una definición explícita conforme a la cual se esclarezca la verdad innegable que se enuncia así: siempre que hay un derecho, hay en reciprocidad con él una o más obligaciones. Pues bien, tal vez acá se emplace lo más importante para integrar institucionalmente el sistema de derechos con los deberes implícitos. De ahí que un estudio integral del derecho constitucional haya de depararles el espacio de análisis necesario, con más el contenido de cada deber (omisión, prestaciones positivas de dar o de hacer), el sujeto sobre el cual recae, y la tutela garantista para requerir judicialmente su cumplimiento.”

“No son intrascendentes, por cierto, las obligaciones que no se dirigen a satisfacer derechos, porque aún en tal supuesto la supremacía de la constitución impone su exigibilidad, más las vías idóneas en el caso de cumplimiento forzoso” (Bidart Campos, tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva edición ampliada y comentada a 2000-2001, Tomo 1 B, pag. 309).

Mas adelante señala este autor que “La finalización del tema en análisis quedaría trunca y parcialmente equivocada si a “todos” los derechos de entidades colectivas los englobáramos en el plexo de los implícitos. Que como pauta general digamos que es allí donde corresponde arraigarlos no alcanza para negar que “algunos” derechos tienen excepcionalmente enumerados explícitamente como propios de determinados grupos. Aunque no son muchos, valga ejemplificar que: ...c) los pueblos indígenas argentinos, por su parte, aglutinan un abundante plexo según el art. 75 inc. 17, que cubre variedad de ámbitos.” (Ob. y aut. cit. Pág. 317).-

En consecuencia y por lo dicho, propicio se haga lugar parcialmente a la pretensión contenida en el ap. 1º del objeto de la acción de amparo y se condene a la demandada para que, mientras subsista el trámite, se abstenga de entregar en propiedad a particulares, (sean miembros del pueblo aborigen o terceros) las tierras afectadas para la entrega a las comunidades aborígenes de los departamentos de Cochino, Yavi, Tumbaya, rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande, otorgándosele el término de quince meses para que complete los trabajos y trámites correspondientes a los

finés de la definitiva transferencia de las mismas en propiedad a las comunidades aborígenes allí asentadas.

En igual término, conforme se pide en el art. 8º de la acción, la demandada deberá hacer entrega de tierras aptas y suficientes para el pueblo guaraní, según compromiso asumido en el Protocolo Adicional aprobado por Ley 5231. En todos los casos, bajo apercibimiento de afrontar sanciones conminatorias de \$ 10,00 durante los primeros cinco días de incumplimiento, importe que será incrementado a \$ 20,00 desde el día undécimo primero; y en caso de persistir la reticencia, será de \$ 40,00 hasta el efectivo cumplimiento, en favor de cada comunidad actora, sin perjuicio de incrementar dicha sanción o aplicar otras que el tribunal considere apropiadas.-

En lo que respecta a las pretensiones restantes contenidas en los apartados restantes (3º, 4º, 5º) propicio su rechazo por considerar que se trata de requerimientos de informes respecto de estado de trámites y de cursos de acción a seguir, cuestiones estas que corresponden a la actividad que le corresponde a la CPI según se ha establecido en el Protocolo Adicional, por lo que no advierto agravio que autorice ordenar al Estado producir informes que debe requerir tal representación de las comunidades aborígenes por la vía que corresponde.

Por último, en cumplimiento de la norma operativa contenida en el art. 15 ap. 2 del Convenio 169 de la OIT incorporado a nuestra legislación vigente, conforme se propicia en el ap. 7º de la demanda, corresponde condenar al Estado Provincial dar obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes que de alguna manera puedan verse afectados sus territorios, en particular las que se tramitan por ante el Juzgado Administrativo de Minas, también bajo apercibimiento de aplicar las sanciones conminatorias antes referidas.

Para el caso de compartirse las soluciones indicadas, por aplicación del principio general del art. 102 del C.P.C. las costas deberán ser afrontadas por la demandada vencida.

En cuanto a los honorarios, teniendo presente calidad, extensión y eficacia de la actividad procesal desempeñada, propicio se regulen los mismos en las sumas de \$ 2.200,00 para el Dr. Pablo Baca y en \$ 2.200,00 para el Dr. Enrique Alejandro Oyharzabal Castro, a cargo de la demandada, los que devengarán intereses según tasa pasiva promedio que en forma mensual establece el B.C.R.A. hasta el efectivo pago, según lo resuelto por el S.T.J. en L.A. N° 45, Fg 1185/1188, N° 519, con más IVA si correspondiere.-

Tal es mi voto.

Dr. Benjamín VILLAFANE

El Dr. Morales dijo: Que ante la disidencia vertida por el Dr. Villafañe, expreso adhesión a la solución propiciada en su voto, a lo que entiendo adecuado agregar que, aún cuando desde mi posición sostengo un criterio de apreciación restrictivo y excepcional en cuanto a la noción de amparo, superada la admisibilidad formal, en lo referente a la apreciación de la factibilidad de tramitación de prueba soy partidario de un criterio amplio dentro de los parámetros naturales de lo que debemos entender por proceso sumarísimo tal como se ha concebido en nuestro ordenamiento procesal local, porque no siempre el justiciable está en condiciones de traer acabada prueba de los hechos, sea el tiempo de accionar, o de ejercer su defensa en el responde.

En el caso que nos ocupa, procede aclarar que al haberse reclamado se condene al Estado expedirse en un sentido determinado denunciándose omisión lesiva de éste, con prescindencia de lo genérico de las apreciaciones vertidas en la acción respecto de algunos aspectos, queda claramente establecida la pretensión acogida en el voto al que adhiero en lo que respecta a lograr que, en un plazo prudencial, se de efectivo cumplimiento con las obligaciones expresamente comprometidas por el Estado Provincial mediante el Convenio y "Protocolo adicional" citados y ratificados por sendas leyes provinciales.

Para ello, considero oportuno dejar sentado que si bien en tales instrumentos se han fijado condiciones bajo las cuales la provincia podrá acceder a apoyatura pecuniaria de la nación para concretar sus obligaciones constitucionales en cuanto al efectivo reconocimiento de los derechos de comunidades aborígenes mediante la realización de todas las medidas conducentes a este fin, paralelamente, entiendo que tales acuerdos que fueran ratificados primero por ley 5.030 y luego por 5.230, en absoluto implica que tanto aquellas normas del convenio como del protocolo, ni las de estas leyes ratificadoras pudieran entenderse como limitación, cercenamiento, menoscabo o modificación de derechos receptados en las constituciones nacional, provincial y convenio internacional citado.

Mas por el contrario, los compromisos así establecidos, con prescindencia de que se pudieran o no alcanzar los beneficios económicos comprometidos por la Nación, el significado tal vez más trascendente en cuanto a la cuestión que nos ocupa está dado por el reconocimiento vertido por el estado Provincial frente a la Comisión de Participación Indígena, y del resto de la comunidad, de regularizar y adjudicar tierras a la población aborígen de la Provincia ya indicados, para la “posterior entrega de los títulos traslativos de dominio” (del Convenio del 27/12/96).

Tales reconocimientos expresos constituyen la base cierta del derecho que le asiste a los actores, que nos permita prescindir de mayor prueba al respecto, y que formalmente justifique por su simplicidad, la procedencia de la vía de amparo que nos ocupa.

Por consiguiente, si nos atenemos a esta particular acción tentada “que encierra multiplicidad de objetos en lo que respecta a los sub ítems fg. 6º y 8º, comparto las conclusiones traídas por Dr. Villafañe en cuanto a su procedencia, a lo que se me ocurre acotar nuevamente una de las valiosas conclusiones que a modo de síntesis el autor citado expone al respecto: “El amparo por omisión exige que se verifique el incumplimiento de un deber específico, predeterminado y concreto, en tiempo y en modo, emanado de una norma en vigor, cualquiera sea su rango jerárquico dentro de la pirámide jurídica (constitución, tratado, leyes, reglamentos, actos administrativos)” (Patricio M. E. Sanmartino, Principios Constitucionales del Amparo Administrativo, Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, ed. 2003, p. 131, con cita a Bidart Campos).

Finalmente, entiendo útil rescatar de la misma obra que al abordar lo relativo a “omisiones de la administración” consideradas con aptitud para lesionar derechos humanos fundamentales, entre otros requisitos, su autor nos dice: “d) Deberá demostrarse la relación causal directa, inmediata y exclusiva entre la invocada lesión constitucional sobre la relación de disponibilidad o utilidad tutelada por los derechos protegibles por el amparo y la inactividad u omisión imputable a la autoridad pública. Concretamente, deberá acreditarse que la omisión o inactividad imputada es la causa idónea del resultado dañoso que se quiere hacer cesar o, en su caso, evitar. Ello significa que, previsible y objetivamente, de no haber existido la omisión que se atribuye a la autoridad pública, no se hubiese consumado la lesión constitucional.

e) Ausencia de imposibilidad. La imposibilidad material o técnica, o jurídica, coetánea o sobreviviente de cumplir con el deber jurídico predeterminado, frustran la procedencia del amparo por omisión.” (op. Cit., p. 121).

Con apoyo en tales principios y conclusiones, es que considero que en el sub lite, sin perjuicio de que el Estado ha venido avanzando en la concreción de algunas actividades enderezadas a la efectiva determinación y reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias, igualmente son reales las demoras ya definidas en el voto que antecede, que por haber excedido sobradamente toda expectativa razonable, el transcurso de una década conforma una inacción injustificada, reprochable de la administración que necesariamente se erige en agravio manifiesto a los derechos supralegales establecidos a favor de las comunidades aborígenes actoras, que se resaltan en el voto al que adhiero.

En efecto, si bien tal inactividad o demoras en trámites y actividades conexas han sido negada por el Estado, de ninguna manera ha probado en autos ni la existencia de impedimentos técnicos o de fuerza mayor, ni la materialización de cursos de acción razonablemente aptos para concretar en tan extenso lapso las diversas medidas tendientes a la concluir los propósitos comprometidos en el año 1996 para finalmente adjudicar las tierras en cuestión.

En lo que respecta a los objetos indicados en los sub ítems 3, 4 y 5 adhiero también a la solución propuesta en el segundo voto, ya que si los actores no han ocurrido a ejercer sus derechos recabando información, o no han demostrado haberlo hecho “como ocurre en autos” las consecuencias de tal inactividad no puede imputarse más que a su parte.

Es mi voto.

Dr. Luis Oscar MORALES

Por lo expuesto el Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, por mayoría,



RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente a la demanda deducida por Rosalía Ladiez Andrada de Quispe, Lucio Vasquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, Rene Calpanchay Gonzalez, Flora Elsa Cruz, Severiano Lamas, Petrona Siveria Salas, Samuel Abel Camacho, en contra del Estado Provincial.
- 2.- Condenar a la Demandada para que mientras subsista los trámites pertinentes se abstenga de entregar en propiedad a particulares, (sean miembros del pueblo aborigen o terceros) las tierras afectadas para la entrega a las comunidades aborígenes de los departamentos de Cochínoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande, otorgándosele el término de quince meses para que complete los trabajos y demás gestiones previos a la definitiva transferencia de las mismas en propiedad a las comunidades aborígenes allí asentadas.
- 3.- Hacer saber a la Demandada que en el mismo plazo deberá completar los trámites y ejecutar las actividades del caso (mensuras, delimitación, etc) hasta concretar la entrega de las tierras a sus pobladores originarios, comunidades aborígenes del pueblo guaraní, sobre Lotes 1 y 515 del Depto. Santa Bárbara.
- 4.- Condenar a la Demandada del cumplimiento con lo dispuesto en el art. 15 ap. 2 del Convenio 169 de la OIT incorporado a nuestra legislación vigente, dando obligatoria participación en todas las actuaciones administrativas a las comunidades aborígenes referidas a trámites sobre territorios que de alguna manera pudieran afectar sus derechos, en particular las que se tramiten por ante el Juzgado Administrativo de Minas.
- 5.- En todos los casos, para supuestos de incumplimiento, establecer como sanción conminatoria de la suma de \$ 10,00 durante los primeros cinco días de mora, importe que será incrementado a \$ 20,00 desde el sexto día. En caso de persistir la reticencia, será de \$ 40,00 hasta el efectivo cumplimiento, a favor de cada comunidad actora, sin perjuicio de incrementar dicha sanción o aplicar otras que el tribunal considere apropiadas.
- 6.- Imponer las costas a la Demandada, regulándose los honorarios profesionales de los Dres. Pablo Baca y Enrique Alejandro Oyharzábal Castro en la suma de dos mil doscientos pesos (\$ 2.200,00) para cada uno, que devengarán intereses tasa pasiva promedio que fija el B.C.R.A. hasta su pago, más IVA si correspondiere.
- 7.- Dejar constancia en autos, protocolizar, hacer saber, oportunamente disponer el archivo de estas actuaciones.