

**LA CUESTIÓN ABORÍGEN EN EL IDEARIO
CONSTITUCIONAL ARGENTINO**

(Transitando el camino de las necesarias reivindicaciones)

Escribe:

Eduardo Pablo Jiménez¹

I

**CONSIDERACIONES HISTÓRICAS Y EL DISEÑO CONSTITUCIONAL PROPUESTO
POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**

Sabido es que las comunidades aborígenes son usualmente víctimas de prejuicios y variadas formas de discriminación en razón de su raza, religión, color de piel, origen étnico, estado de salud, etc. Un sistema constitucional pluralista y democrático no puede descuidar esta situación.

Se considera población aborígen - en el marco del contexto antes narrado - a las personas que descienden de quienes habitaban la zona en el momento en que llegaron a ella personas de otros países del mundo, que dominaron a los nativos y los redujeron a condición de sometidos.

Señala Curruhinca Roux², abordando éstas cuestiones, que las naciones mapuches fueron independientes: antes y durante la época colonial.

Mal puede hablarse entonces - indica el autor citado -, haciendo gala de una real profusión de fundamentos, de derechos eventuales heredados de España, *cuando jamás España logró conquistar el Neuquén.-*

¹ Eduardo Jiménez es Profesor Titular de las asignaturas Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad Atlántida Argentina. Es asimismo profesor titular de la asignatura Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. El presente aporte reproduce en lo sustancial, aunque con algunos aditamentos, igual cuestión abordada en el Capítulo XIV del Tomo II de su "Derecho Constitucional Argentino" (EDIAR, 2000.-)

² Roux, Curruhinca "Las Matanzas del Neuquén/ Crónicas Mapuches. Edit Plus Ultra, pag. 55. Describe el autor, con sumo detalle, que las incursiones de que eran objeto en ése entonces, eran siempre en triángulo, agregando a ello que "Los españoles trasandinos entran, combaten, depredan y se retiran del territorio. La fortaleza de los pehuenches en su momento y de los huiliches después, descartan cualquier proyecto de poblar y colonizar. Las alianzas temporarias hispanoneuquinas no cambiaron la situación. Explica Curruhinca Roux que en realidad esto fue así, porque "por encima de los pactos circunstanciales y las rencillas intestinas, los mapuches fueron celosos de sus tierras y las mantuvieron limpias de extraños" (textual de la cita, el resaltado me pertenece)

Continúa su narración Curruhuinca Roux, indicando que una vez finiquitada la conocida “Expedición al Desierto” y arrebatadas finalmente por las huestes del Gral. Roca las tierras pampeanas y neuquinas, se consuma lo que muchos calificamos como un real el despojo al aborigen, ya sea éste último malonero o no salonero, del sur de la Argentina.-

Es que con la ocupación y ejercicio castrense de la soberanía Argentina en esas tierras, el 16 de octubre de 1884, nuestra Patagonia es dividida en una serie de territorios, por la Ley Nacional 1352. Es claro que uno de esos territorios nacionales era el del Neuquén, que según así lo enseña Curruhuinca Roux³, conservará primordialmente la unidad geográfica del triángulo tradicional Limay- Neuquén- Los Andes. Las otras entidades serán La Pampa, Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.-

Estas acciones de expansión territorial, fueron – en esencia - acompañadas desde el “Derecho”, por la manda constitucional que indicó al legislador Argentino, a partir de 1853, mantener el trato pacífico con los indios, intentando su conversión al catolicismo.-

Muchos años después, el constituyente reformador Argentino de 1994, ofrece una reivindicación institucional a esos y otros pobladores originarios de nuestras tierras⁴, variando la manda constitucional de “conservar el trato pacífico con los indios” y “promover su conversión al catolicismo”, para ofrecer a cambio de aquella derogada indicación, un remozado mandato expreso al Congreso de la Nación, a partir del cual ése cuerpo debe ahora “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 comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable ni susceptible de gravámenes o embargos”.

También obliga la Constitución hoy al Congreso de la Nación a asegurar la participación de nuestras comunidades aborígenes “en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” para terminar enfatizando, el Art. 75 inciso 17 del texto fundamental, que “Las Provincias pueden ejercer concurrentemente éstas atribuciones”⁵

³ Autor y obra citada en nota anterior, pag.173

⁴ Nosotros hemos conceptualizado, siguiendo a Claudio Kiper a las poblaciones aborígenes, como aquellos descendientes de quienes en un momento fueron diferentes a quienes llegaban por su raza, color, lengua, cultura, etc y hoy intentan mantener sus diferencias en medio de la comunidad en que viven, pero están sometidos a un trato insatisfactorio por parte de los grupos dominantes (ver nuestro “Derecho Constitucional Argentino” T ° II, EDIAR, pag. 139).-

⁵ Observará el advertido lector, que nosotros hablamos aquí preferentemente de pueblos indígenas, y no de “comunidades aborígenes”. Ello por entender que – aún respetando la terminología constitucional – es más propio expresarnos en términos de “comunidades” que integran el Pueblo de la Nación Argentina.-

Evidentemente, la vocación de cambio institucional ha sido enorme, aunque como bien sabemos, son en esencia los propios interesados, y en suma los operadores del derecho, quienes generan gradualmente el ensamble de tan auspiciosa normatividad, con un real cambio de motivación respecto de los integrantes de nuestras sufridas comunidades aborígenes.-

Y tal circunstancia sólo alcanza a advertirse cuando se logra el ansiado cambio en la conciencia social, despojándonos de lo que nuestro querido maestro Germán Bidart Campos acusaba como “esclerosis normativa”, tan evidente en los tiempos que hoy corren

La Constitución Nacional indicaba – como lo hemos señalado párrafos más arriba - en su texto anterior a la reforma constitucional de 1994 al Congreso de la Nación dos roles principales con respecto de la población aborigen argentina (cuyo número, a mitad del Siglo XX rondaba en 30.000.). Ellos eran el de conservar el trato pacífico con los indios, y el otro, el de promover su conversión al catolicismo.-

Creemos nosotros que al dar la derogada norma a los aborígenes argentinos un trato aparentemente igualitario respecto de los demás habitantes de la nación, los discriminaba, porque como es sabido, no sólo se discrimina cuando se trata distinto a los iguales, sino también cuando – como en este caso – se trata igual a los distintos.

Ya antes de producida la reforma de 1994, la Ley 24.071 había aprobado el Convenio de OIT a favor de las poblaciones aborígenes, que contiene en lo esencial, normas que:

1. Tutelan su integridad e igualdad de trato (art. 2º)
2. Garantizan su posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente (art. 14)
3. Reconocen sus costumbres y derecho consuetudinario (art. 8º)

Estas pautas, y otras más, fueron recogidas por la reforma constitucional de 1994, que ofreció una importante reivindicación a las comunidades aborígenes argentinas, que según estadísticas fiables se estimaban hacia el año 2000, en 300.000 que viven en comunidad y 1.500.000 computando aquellos que emigraron a las ciudades

En ese sentido, el art. 75 inc. 17 ofrece un mandato expreso al Congreso de la nación, a partir del que ese cuerpo debe:

“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”

En principio, cabe acotar aquí que el derecho que en realidad consagró la Constitución en cabeza de las poblaciones aborígenes argentinas, es el de exigir al Congreso el cumplimiento de sus roles constitucionales, impuestos - ahora sí - respecto de estas cuestiones.

En consecuencia, el texto constitucional obliga desde ahora al Congreso a legislar las mencionadas condiciones de las poblaciones aborígenes argentinas, y el cuerpo legislativo no puede soslayar ese cometido bajo pena de incurrir en inconstitucionalidad por omisión de legislar, la que podría en su caso, ser peticionada por los aborígenes interesados.

Observará el lector que no hablamos nosotros de pueblos indígenas, sino de comunidades aborígenes. Ello porque entendemos que - aún respetando la terminología constitucional - es más propio expresarnos en términos de “comunidades” que integran el pueblo de la Nación argentina.

Bien expresa Bidart Campos en el punto, que “pueblo” sería aquí, el equivalente de población y en ese contexto sitúa a nuestros aborígenes como “comunidades grupales” que componen al conjunto humano que es elemento de nuestro Estado.

Y las calificamos como aborígenes, en el sentido antes explicitado, por considerar que ese término responde más adecuadamente a la conceptualización de “iniciales” o “primitivos” de un país que el más ambiguo de “indígenas”

Yendo a la manda constitucional, la más relevante es la de ordenar al Congreso el *reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural* de estas comunidades, que según datos de la Pastoral Aborígen, se integran hoy de la siguiente forma:

NÚMERO TOTAL DE ABORIGENES EXISTENTES EN ARGENTINA		
(Según estimaciones del equipo de pastoral Aborígen)		
447.000		
Raza		Cantidad
Kollas		170.000
Mapuches		90.000
Wichis		80.000
Tobas		60.000

Este hecho incontrastable, del reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural, posee desde ahora un matiz jurídico de innegable validez y que afirma la posición social y política de estas minorías argentinas en el concierto nacional. Denota un matiz no sólo simbólico y reparador, sino también histórico, y de gran importancia, dado que a partir de la

reforma constitucional es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se asienta en sus comunidades, y el Estado tiene un rol que excede al de no destruirla, ya que debe promoverla

La referencia a la etnicidad de nuestros aborígenes implica el reconocimiento de varias consecuencias, como por ejemplo el grado de acuerdo de determinada comunidad respecto de los usos que comparten y un sentido de pertenencia a esa colectividad, cuya existencia se destaca como previa al Estado argentino y su ordenamiento jurídico

También ha aceptado el constituyente que las tradiciones culturales de los diversos grupos aborígenes argentinos es anterior a la constitución, y deben ser respetados por las leyes, que deben garantizar el respeto a su educación bilingüe e intercultural.

El Congreso está también obligado a reconocer que una comunidad aborígena argentina resulta ser un ente con personalidad jurídica propia, y por ello es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. A diferencia de otros entes ideales a los que el Estado les “otorga” personería jurídica, la de las comunidades aborígenes es objeto de “reconocimiento” dada su preexistencia, declamada en la Constitución.

Es esta importante consagración constitucional la que integra el denominado derecho a la autonomía de las comunidades aborígenes argentinas, que implica reconocer sus leyes y su sistema de gobierno, debiendo garantizar el Estado la subsistencia de estos grupos preservando sus valores culturales.

El mandato constitucional tiende a que el Congreso de la Nación, en donde se aloja la representación del pueblo de la nación Argentina, determine un enlace sistémico y organizacional de las instituciones de nuestros nativos (precolombinas) y la estructura jurídica hoy vigente, sin generar desplazamiento o conversiones, sino admitiendo la unidad en la diversidad, con plena participación de los estados provinciales en esa importante y delicada gestión.

Aclaremos aquí que no hay aquí ni atisbo de generar modo alguno de “prerrogativas de sangre o nacimiento” vedadas por la Constitución. Lo que ha hecho aquí señeramente el constituyente de 1994, es admitir la diversidad en la generalidad, receptando y protegiendo el derecho a la diferencia, o a ser diferente en un marco de coexistencia pacífica de los “distintos”

A no dudarlo, que tal traza nos torna cada vez más...iguales!

Bien sostiene aquí Kiper que nos encontramos al abordar el tema aborígena con una minoría cultural cuya supervivencia puede verse – y de hecho lo está –amenazada, lo que de por sí justifica plenamente las medidas especiales que adopta la Constitución a su respecto.

Observamos que se indica aquí un particular reconocimiento a estas comunidades, y se determinan ciertas prerrogativas particularizadas en su favor, teniendo en cuenta sus notorias diferencias con el resto de la sociedad argentina, y que además, estos reconocimientos no generan mella en el contexto de la cultura de la mayoría.

Estas medidas, pueden sintetizarse en las siguientes:

- Régimen de tierras: Se complementa el reconocimiento de su cultura con la posibilidad de acompañar su proverbial vinculación natural con la tierra que ocupan y el medio ambiente que es su contexto. La sola ocupación de sus tierras configura dominio (comunitario) para ellos. Y así lo garantiza la Constitución, respetando de ese modo su diferente concepción de “propiedad”, que coexistirá desde ahora con el garantizado por el art. 14 y 17 de la CN.

Para acentuar esa protección enfatiza que ninguna de esas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos, indicando un modo de tutela similar al brindado al bien de familia

- Derecho al mantenimiento del sistema ecológico: No hay duda de que los aborígenes, por razones culturales, asumen que las futuras generaciones deben contar con la misma biodiversidad que aquella que disfrutaban las actuales y han disfrutado las anteriores. En tal sentido acostumbran manipular la naturaleza equilibradamente. Por ello la Constitución manda asegurar que los grupos nativos tengan el control y manejo de los recursos naturales que constituyen su entorno y una adecuada participación en tal gestión
- Derecho al desarrollo: ya que es condición del respeto a su identidad natural, y en el convencimiento de que es un derecho de esas comunidades tienen derecho a mejorar sus condiciones de vida, de acuerdo a sus propias iniciativas y necesidades, y de ser escuchados al respecto
- Derecho a la educación: que será bilingüe (respetando su lengua y sus valores) e intercultural (porque también tiene derecho a que se les enseñe el idioma y educación del sistema en que coexisten con otras culturas). Ello implica la necesaria existencia de funcionarios de educación aborígenes en la planificación de las estructuras educativas nacionales, tratando de delegar la educación de estos grupos a misioneros que a menudo exigen su conversión a la fe cristiana como requisito para impartirles educación básica
- Derecho a la seguridad y a la asistencia social: Teniendo particularmente en cuenta el estado de pobreza que habitualmente padecen, lo que les augura márgenes de pobreza y enfermedad mayores que al resto de la población

No dudamos que la cuestión de la integración de nuestros aborígenes en el contexto del respeto a su diversidad, es ardua y de difícil solución. Pero al menos, hemos superado la ya perimida admonición de “convertir los indios al catolicismo”. Y hemos abierto el

camino de la integración de los “diversos” en nuestra sociedad, especificando la admisión del “derecho a la diferencia” como modalidad del “derecho a la identidad

Será interesante verificar si la sociedad argentina del próximo milenio se encuentra a la altura de las justas reivindicaciones que ha declarado en su constitución.

Lo que significará constatar – ni más ni menos- si la Constitución declamada es también respecto de nuestros aborígenes, la Constitución sentida, y por ende, realizada.

II

LOS MATICES DEL CAMBIO, EN LOS HECHOS

Si Bien la integración aborígena dispuesta por el texto fundamental se encuentra – como lo vimos – claramente expuesta en su texto, lo cierto es que los diversos planteos que esas comunidades deben efectuar cotidianamente en justicia, hablan a las claras de la dura situación que en los hechos deben afrontar

Tal es lo que ha acaecido en el caso que pasamos ahora a explicitar⁶:

El Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas –CODECI –, impetra oportunamente acción de amparo judicial, alegando la afectación del derecho a la existencia del Pueblo Nación Mapuche en la Provincia de Río Negro, con especial referencia a las comunidades “Peñi Mapu”; Gnepún Currá”, “Pitren Tuli Mahuida” y “Río Chico”, ubicadas todas ellas en el Departamento Ñorico de ése Estado, aduciendo a tal fin que la Provincia en cuestión niega arbitrariamente proveer lo conducente para generar un pluralismo legal y constitucionalmente garantizado, y hasta su propia existencia como comunidad, denunciando a tal fin el obrar de organismos que forman parte de la propia estructura del Estado, que dicen aplicar las leyes pero sin hacer un análisis integral de las mismas.

Impugnan a la vez los amparistas, otra normativa dictada en el ámbito provincial⁷, en cuanto no contempla el desarrollo de aspectos mínimos tendientes al resguardo del patrimonio cultural y de diversidad biológica, en cuanto ésa legislación omite el reconocimiento a su preexistencia como pueblo, la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan y otros derechos que hacen a su identidad como pueblo y cuyo desarrollo le permitiría ir desde un “Estado de Derecho” a un Estado de Justicia”.-

⁶ Nos referimos al precedente judicial “ST.Río Negro, 16/8/2005 “CODECI de la Provincia de Río Negro”, que puede consultarse en texto resumido en el Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista La Ley, del 28/4/2006, con nuestra anotación, que aquí reproducimos. El fallo “in extenso” puede ser consultado en www.laleyonline.com.ar

⁷ Ley N ° 3266

En suma, denuncia la amparista conductas omisivas concretas de los Estados provincial y municipal, con expresa referencia a lo legalmente dispuesto en la "Carta de los Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia"⁸

Por ello, el amparo colectivo promovido en éstos obrados, se funda en la alegación de configuración de "daño presunto" o "daño temido" para el caso de avanzarse en la realización del denominado "Proyecto Calcatreu", ello sin observar las disposiciones de carácter legal y constitucional o aún del derecho supranacional, consagrados a favor de las comunidades originarias argentinas, sus recursos naturales y el medio ambiente, ya que según exponen al promover ésta acción, ellas deben ser informadas, consultadas, tener participación en la gestión de esos recursos, y respetadas en lo que hace al manejo y disposición del patrimonio étnico, social y cultural que las involucra.-

El fallo, dictado por el Superior Tribunal de la Provincia, hace lugar parcialmente a lo pedido, ordenando en lo sustancial a los organismos de la Administración Provincial que resulten competentes en la aprobación de las diversas etapas y trámites del "Proyecto Calcatreu" a observar el pleno respeto y la aplicación de las normas vigentes en cuanto a la pluralidad étnica, respetando a la vez al patrimonio social y cultural, la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, información, consulta y participación de las Comunidades Originarias del área comprendida y sus aledaños, al haber constatado el tribunal omisiones, mora administrativa y marginación por parte de la Administración, respecto de las comunidades originarias cuyos derechos se vieron en el caso afectados.-

Creemos importante resaltar aquí que reconoció para ello el Tribunal, la legitimación para accionar por parte del CODECI como autoridad de aplicación de la Ley 2887 de la Provincia de Río Negro⁹.-

⁸ Aprobada por Acordada N ° 103/02 del STJ y posteriormente por Ley provincial 3830, que la anexó a la Ley Orgánica del Poder Judicial

⁹ Coincidimos aquí con Andrés Gil Domínguez (Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos, EDIAR, 2005) en que "dentro de un movimiento internacional de acceso a la justicia de los derechos colectivos, la legitimación colectiva es la facultad o aptitud reconocida por el ordenamiento jurídico a uno o varios sujetos determinado para promover una acción colectiva y consecuentemente, para impulsar un proceso colectivo y obtener una sentencia colectiva" agregando luego nuestro querido amigo que "De esto dependerá el mayor grado de garantía de los derechos colectivos en un Estado Constitucional de Derecho" (Autor y Op. Cit., pag.217). Empero, bueno es resaltar además, que ya la Ley 25.675 (BO:28/11/2002) habilita, cuando se trata de acciones "de cese" en materia ambiental, la posibilidad de ejercicio de una modalidad eficaz de acción popular, arropada bajo la vestimenta del proceso de amparo, al expresar en su Art. 30, último párrafo, que "toda persona puede solicitar mediante la promoción de éste proceso constitucional, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (Así lo hemos expuesto en un trabajo de nuestra autoría titulado "La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo" en "LL" Suplemento de Derecho Ambiental del 22/12/2003, pag.73 y ss, a cuya lectura remitimos)

Adentrándonos en los hechos debatidos, es del caso recordar que la empresa Aquelline Argentina SA., había comenzado la ejecución de trabajos de exploración en el contexto del proyecto denominado "Calcatreu", que tiene por finalidad la extracción de mineral de primera categoría (oro y plata), en un lugar en que ejercen la posesión tradicional, familias aborígenes que viven allí e integran varias comunidades Mapuches indicadas en demanda¹⁰, habiéndose constatado que esas tareas generaban montañas de rocas estériles y escombreras que contienen azufre, sustancia ésta que aflora al ser apedazadas las rocas conforme se continúa con la tarea de exploración y/o extracción, lo que asimismo deja a éstos territorios expuestos a la acción de los agentes climáticos que drenan ácido que penetra en la tierra, y por ende a las aguas subterráneas que resultan contaminadas, formando compuestos altamente tóxicos, afectando en calidad y en cantidad el agua disponible en la zona. —

Para ello, se logró constatar que si bien la empresa explorante declaró utilizar esas aguas superficiales, como por ejemplo el arroyo Quetrequille, habitualmente seco salvo entre junio y octubre de cada año, no afrontó para ello en modo alguno, elementales previsiones sobre el sellado de las perforaciones efectuadas, ni evaluó la generación de efectos tales como la modificación del paisaje, ni el método para cerrar las vetas, con la consiguiente apertura de enormes cráteres en los cerros, con presunto envilecimiento del aire.-

Es que según surge de los propios considerandos del fallo anotado, ésta actividad genera un importante envilecimiento del aire, con derivación en problemas respiratorios, alérgicos y visuales, habiéndose constatado que se emplea para ello el método de "lexivisión con cianuro", con compromiso de seres humanos y todo el medio ambiente del lugar, lo que además, no sólo sucede en la etapa de exploración, sino también en la de explotación.-

Quizá pueda en éste contexto el lector entender lo sostenido en sentencia, al señalar en éste punto la doctrina más calificada, que "Los indígenas están cansados que se le quiten las tierras, ubicándoseles siempre en las peores", a lo que se agrega que "El indígena sabe lo que es dejar en pocos días el solar que le costó toda una vida de penalidades, porque así lo dispuso una orden superior, comprende que su nuevo destino son los pedreros ú otros lugares parecidos, donde al cabo de muchos meses de trabajo y de sudor, puede hacer que sea habitable. Sin embargo, cuando llegue el momento en que pueda disfrutar de una paz duradera, otra orden odiosa le obligará a buscar nuevo destino, cada vez con más dificultades: lógico es que va perdiendo la fe hacia los hombres mandantes...llega a la conclusión de que es una raza perseguida" ¹¹

¹⁰ Ellas son "Peñi Mapu", "Nupung Curra" y "Pitren Tuli Mahuida", del paraje Lipetrén y la comunidad "Río Chico"

¹¹ Cfr. Hassler, Wily "Los problemas del indígena Neuquino (en jurisdicción de Parques Nacionales)", en: Primer Congreso del Área Araucana Argentina, T: II, pag.363/66, Buenos

Pero en el caso en comentario, la Alta Corte provincial ha indicado un tránsito, que según nosotros lo vemos, transcurre por las vías adecuadas.-

Determina el Tribunal que la continuación de la realización de las mentadas tareas exploratorias debía suspenderse, aún cuando faltase certeza científica respecto del daño que pueda causar la actividad¹², reconociendo a la vía del amparo como idónea para superar éste valladar legal, toda vez que según lo expuso “impedir que la cuestión tramite por la vía rápida y expedita del amparo, para derivarla a los procedimientos ordinarios, constituye una dilación que atenta contra los mismos derechos que se pretenden tutelar al incoar la acción”¹³

En realidad, la corte constata aquello que era obvio. Pero había que hacerlo, y de la manera más calificada para destacar la fuerza del precedente que se iba a sentar.-

Bebemos recordar, en principio, que la Ley N °3981 de la Provincia de Río Negro prohíbe en forma expresa la utilización de cianuro y/o mercurio en el proceso de exploración, explotación y/o industrialización de minerales metalíferos.-

No necesitó - por otra parte - el alto tribunal provincial condenar a la omisión legislativa provincial en adecuar la normativa de las leyes 17.319 y ¹⁴24.145 al texto constitucional. Solo sostuvo que tal omisión puede cubrirse a la fecha con la aplicación de la Ley General del Ambiente, alegando al respecto que “sus presupuestos mínimos se aplican a toda la materia ambiental, sin perjuicio de la legislación dictada en forma concurrente por las provincias”¹⁵

Máxime cuando es la propia Ley General del Ambiente, que instituye en su Art. 2, los lineamientos y objetivos de la política ambiental nacional, entre los que se encuentra el de “prevenir los efectos nocivos o peligrosos de las actividades humanas para posibilitar el desarrollo económico, social y ecológico de manera sustentable.-

Aires.,1963

¹² En una correcta utilización del principio “precautorio”, propio del derecho ambiental, ahora expresamente normado en la LGA, del que se sigue que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. Señala en el punto Gabriela García Minilla (AAVV “Derecho Ambiental” EDIAR, 2004, pag58, que “Este principio se identifica - a simple vista - con la existencia de incertidumbre científica de la Administración y el control de la legalidad de actos”.-

¹³ Textual del fallo, en voto del Dr. Lutz

¹⁴ ADLA XXVII-B, 1486; LII-D 3908.-

¹⁵ Del fallo comentado, en el voto del Dr. Sodero Nievas.-

Es que como bien se lo ha sostenido “La política ambiental debe combinar las medidas legislativas con las económicas y las de soporte tecnológico, orientando a la vía de la prevención con preferencia a la correctiva”¹⁶

Además, no debe olvidarse que se trataba de tutelar el patrimonio social y cultural de ciertas comunidades originarias que habitan el suelo de la República Argentina, el que también posee tutela constitucional y legal expresa. —

Ello pues nuestro sistema constitucional claramente enfatiza ciertas prerrogativas a favor de nuestras comunidades originarias, no solo teniendo en cuenta sus notorias diferencias con el resto de la sociedad argentina, sino además, que tales reconocimientos no generan mella en el contexto de la cultura de la mayoría.-

Así, el reconocimiento de las culturas aborígenes se complementa con la posibilidad de acompañar su proverbial vinculación natural con la tierra que ocupan y el medio ambiente, que es su contexto. La sola ocupación de sus tierras configura - en consecuencia - dominio (comunitario) para ellos. Y así lo garantiza la Constitución Nacional, ordenando respetar de ése modo su diferente concepción de “propiedad”, que coexiste jurídicamente desde 1994, con el garantizado por los Art. 14 y 17 CN. —

Tornando más explícita nuestra posición al respecto, hemos sostenido antes de hoy que “El régimen legal del patrimonio cultural abarca las normas orgánicas y leyes especiales sobre protección, conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico, artístico, arqueológico, bibliográfico, documental, etc., material o inmaterial, además de disposiciones sobre conjuntos, sitios y zonas históricas, etc”¹⁷. —

O sea que desde un adecuado e integrador entrecruzamiento de razones jurídicas, la Alta Corte provincial, tuteló los derechos de las comunidades mapuches que podían haberse afectado en modo permanente con la continuación del emprendimiento suspendido, pero también brindó una adecuada protección al medio ambiente, con una adecuada aplicación de la regla de prevención ambiental.-

Para concluir éste aspecto del análisis del precedente, cabe destacar también el buen direccionamiento que la Corte ofreció al derecho que las comunidades originarias demandantes, tenían a un real acceso a la información ambiental.-

¹⁶ Cfr. García Minella, Gabriela “Ley General del Ambiente” en AAVV “Derecho Ambiental” Edit. EDIAR, 2004, pag.52, con cita a Rígila, Miguel-

¹⁷ Ver para cotejo,, de nuestra autoría “Los valores culturales” en AAVV “Los Valores en la Constitución Argentina” Edit. EDIAR, pag281 y ss.. Mas recientemente “La ESMA es patrimonio histórico y cultural de la República Argentina” En “AAVV” “A una Década de la reforma constitucional” Pag.319 y ss.)

Así, sostuvo el fallo que “El contenido del principio de información ambiental comprende la corrección, objetividad, organización de los datos, independencia del organismo que los recolecta y brinda, seguridad de la comunidad del flujo de datos, su completitud, la fácil comprensión, la fiabilidad y la tempestividad, lo que obliga al Poder Ejecutivo Provincial a un monitoreo constante y permanente, para asegurar que ésta información llegue no solo a los afectados o interesados, sino a toda la población en general”¹⁸

Creemos que éste voto no hace más que subrayar la importante función institucional que el Derecho a la Información Pública, en materia ambiental debe cumplir en una sociedad que se califica de democrática. Así, ha señalado en el punto, prestigiosa doctrina, que “Si bien el derecho a la información es de naturaleza individual, ya que su titularidad recae en la persona, sus implicancias en la sociedad son decisivamente trascendentes, ya que – insistimos – ésta sólo podrá participar en el proceso de toma de decisiones responsablemente y con fundada opinión, si cuenta con los elementos necesarios para ello” (Cfr. Martín, Santiago J. “El Derecho de Acceso a la Información Pública en materia Ambiental” en “AAVV” “Derecho Ambiental” Edit. EDAR, 2004, pag 303/304). –

Por otra parte, la propia LGA. Estableció como uno de los objetivos de la Política Ambiental Nacional, el de organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma, consagrando en forma explícita su Art. 16, que “Todo habitante podrá obtener de las autoridades, la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”, cuestión que efectivamente los Magistrados no obviaron al momento de dictar su sentencia.-

III

NUESTRAS BREVES CONCLUSIONES

Creemos – a esta altura de la cuestión, y luego del análisis de la frondosa sentencia que aquí comentamos – que nos encontramos frente a una erudita sentencia, la que luego de evaluar con precisión todos los informes habidos en la causa resolvió atinadamente la preservación del medio ambiente, en el contexto del marco de desarrollo sustentable propuesto por las comunidades originarias involucradas en el pedido.-

¹⁸ Del fallo comentado, en voto del Dr. Sodero Nievas. Agregó éste Magistrado, al expresar su postura, que “La información ambiental es una directa consecuencia de fundar la acción de tutela ambiental sobre los principios de acción preventiva y precaución, al extremo de que sin verdadera, eficaz y real información ambiental no podrá existir una correcta tutela del ambiente”.

Conviene, empero, alertar acerca de la circunstancia de que las contiendas ambientales devienen cada vez en una mayor complejidad y en consecuencia, no siempre será el amparo – como en éste caso sí lo fue – la vía más idónea para develar la viabilidad de futuras impugnaciones que circunden ésta problemática de por sí, holística e integradora de ciencias y saberes.-

Por otra parte, damos la bienvenida a estas acciones procesales que permiten la integración de las comunidades originarias argentinas en las problemáticas que vinculan a las tierras y lugares que ancestralmente ocupan.-

Es que no hay duda de que los aborígenes, por razones culturales, asumen que las futuras generaciones deben contar con la misma biodiversidad que aquella que disfrutaban las actuales, y han disfrutado las anteriores. En tal sentido, acostumbran manipular la naturaleza equilibradamente.

Por ello, la Constitución manda asegurar que los grupos de nativos tengan el control y manejo de los recursos naturales que constituyen su entorno y una adecuada participación en tal gestión. Y además ratifica su derecho al desarrollo: ya que es condición del respeto a su identidad natural, y en el convencimiento de que es un derecho de éstas comunidades a la mejora de su calidad de vida, de acuerdo a sus propias iniciativas y necesidades, y de ser escuchados al respecto.-

Y la sentencia en comentario, ha interpretado fielmente tales mandatos constitucionales.-

Muy bien: estamos orgullosos, y aplaudimos el accionar de nuestros buenos jueces, cuando interpretan cabalmente los designios de nuestro sistema constitucional.-

Eduardo Pablo Jiménez

