

Expte. N°: 8356/16 -Foja: 70/73- CH.- S/.MEDIDA CAUTELAR
(ESTADO PROVINCIAL, ORGANISMOS AUTARQUICOS Y EMPRESAS DEL
ESTADO) -
RESOLUCION N 800

“2018 Año de la Concientización sobre la Violencia
de Género #Ni Una Menos” Ley N 2750-A

N° 800 /

Resistencia, 24

de septiembre de 2018

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en éstos autos caratulados: "CH. S/ MEDIDA CAUTELAR", Expte N° 8356/16 y

CONSIDERANDO:

I- Que a fs. 01/07, se presenta el Sr. Orlando Charole por sus propios derechos con el patrocinio letrado del Dr. Juan Carlos Baldomero Pérez, e interpone medida cautelar innovativa contra la Provincia del Chaco, a fin de que para el supuesto de que se hubieran realizado adjudicaciones y/o titularizaciones dentro de los límites de la reserva, se retrotraigan todas las registraciones correspondientes a la reserva indígena con anterioridad a la fecha del dictado de los decretos atacados.

Relata como antecedentes, que los Decretos atacados nacieron con el fin de dar cumplimiento con el art. 37 de la Constitución Provincial y art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, y a la sentencia -firme y

consentida- del Juzgado Civil y Comercial N 06 de la ciudad de Resistencia en autos caratulados

"Instituto del

Aborigen Chaqueño (IDACH) y Pueblos Indígenas QOM, Wichi y Mocoví c/ Gobierno de la

Provincia del Chaco y/o

quien resulte responsable s/ Acción de Amparo" Expediente N 454/07.

Sentencia que fuera confirmada por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial

por Sentencia N 139 y por el Superior Tribunal de Justicia mediante Sentencia N 599.

Conforme dicho entendimiento, el Juez dicta el 10/12/2015 resolución por el cual instruye al Poder

Ejecutivo a que tome los recaudos necesarios a fin de culminar con el proceso de titularización de tierras.

Que es así que el Gobierno mediante los Decretos N 3252/15, 3253/15, 3256/15, 3257/15, 3258/15.

Señala que luego por Decreto N 3262/15 de fecha 05/12/2015 se ratifica la Resolución N 2663/15

del Instituto de Colonización por el cual se reserva a favor de las "familias criollas" que se encuentran ocupando

tierras indígenas ubicadas dentro de los límites establecidos por Decreto N 1732/96. Trata de una superficie de 63.800 hectáreas aproximadamente agrupadas por sectores y parajes, identificados como Unidades Proyectadas de los Sectores 1 a 16, correspondientes a la Zona D, E, F del Departamento General Güemes del proyecto de subdivisión realizados por el Instituto de Colonización. Refiere que los citados decretos resultan nulos, son ilegales e inconstitucionales al conculcar la propiedad comunitaria indígena haciéndola divisible, enajenable, poniéndolas dentro del comercio y manteniendo a los criollos dentro de sus tierras. Sostiene que en el caso concreto se observa claramente que se despoja a los indígenas de sus tierras, al mantener a los criollos dentro de los límites originales de la reserva y relocalizando casi en su totalidad a la comunidad wichi fuera de esos límites; que además ocasionan la ilegal e inconstitucional división y subdivisión de sus tierras demostrando así el grave perjuicio que estos actos administrativos provocan a las comunidades indígenas de la provincia. Aduce como verosimilitud de derecho, que ser indígena perteneciente a la Etnia Qom, titular de derecho subjetivo, irrenunciable, y que los actos administrativos descriptos vulnera el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, art. 37 de la Constitución Provincial. En cuanto al peligro en la demora manifiesta que se radica en el grave perjuicio que sufren las comunidades indígenas y criollas por la gran incertidumbre respecto de los efectos que estos actos puedan producir y que actualmente están produciendo con las adjudicaciones y titularizaciones realizadas hasta el día de la fecha, existiendo el riesgo de un daño extremo e irreparable. Ofrece contracaute la juratoria y concluye con petitorio de estilo. Por Resolución N 735 de fecha 30/08/2018 -fs. 55/56-, se hace lugar a la excusación de la señora Juez Gloria Cristina Silva, y a fs. 57 por Resolución N 736 de fecha 30/08/2018 -fs. 57 y vta-, se disponen medidas de mejor proveer A fs. 69 se llama a autos para resolver.

II.- En primer lugar, precisamos que los fundamentos y fines de la medida cautelar permitan perfilarla como un anticipo de la garantía constitucional, con un contenido que responde, parcialmente a ciertos

efectos de la providencia principal. (Conf. Calamandrei. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Pág. 45. Bs.As. 1945). Aunque dicha correspondencia no debería significar, en principio, una equivalencia exacta entre ambas de modo que la protección tendría que detenerse

"2018 Año de la Concientización sobre la Violencia de Género #Ni Una Menos" Ley N 2750-A

Corresponde al Expte. N 8356/16 allí donde su materialización conlleva la concesión del objeto mismo de la demanda de mérito. (Conf. De Lazzari.

Medidas Cautelares. T.I. pág. 22/23. La Plata.1989). Para su procedencia, la doctrina procesalista ha exigido tradicionalmente la concurrencia de tres recaudos, a saber a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora, c) contracautela.

A más de verificar la concurrencia de los citados recaudos, cuando se trata de suspender los efectos de un acto emanado de la Administración deben concurrir los presupuestos específicos que condicionan la procedencia de la medida cautelar contra la Administración Pública, a lo que debe agregarse la ponderación

ineludible del interés público.

Es que cuando la pretensión se intenta frente a la Administración Pública, es necesario que se acredite "prima facie" y sin que esto suponga un prejuzgamiento de la solución de fondo, la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos, ni las acciones judiciales mediante las cuales se discute su validez, suspendan su ejecución.

A ello cuadra agregar, que si bien es cierto que existe jurisprudencia según la cual los requisitos "ut supra" mencionados se hallan relacionados de modo tal que a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente con la acreditación de la verosimilitud del derecho, y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente el peligro de causar un daño grave e irreparable, se haya acreditado en forma mínima la verosimilitud del derecho invocado

(Conf. CNFed. Contencioso Administrativo, sala IV "Ospegype c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo Incidente" del 31/03/1993).

Al tratarse de la legitimidad de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, ese mínimo debe consustanciarse con el carácter ostensible y/o manifiesto de la ilegitimidad.-

La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia a cumplir eficazmente su obra. En consecuencia, las medidas

cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso

determinado para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento. (Conf. Alfredo Di Lorio.

"Nociones sobre la Teoría General de las Medidas Cautelares". Nota en LL, 1978-B). La doctrina y

la jurisprudencia

en forma unánime le reconoce al Juzgador la facultad de su dictado, pues con ella se pretende más que defender

derechos subjetivos, garantizar la eficacia de los mismo y la actualidad de la función jurisdiccional,

brindando a la

actora seguridad jurídica durante la tramitación del proceso. Ese temor de daño inminente es el interés que reviste el

carácter actual al momento de su petición.

III.- En este contexto, cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 produjo cambios

institucionales relevantes, como ser la incorporación del art. 75 inciso 17 que dispone: "Reconocer la preexistencia

étnica y cultural de los Pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el

derecho a la

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, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Asegurar su participación en la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". (El resaltado es nuestro).

Señala Quiroga Lavié, que la Constitución reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos

indígenas, como sujeto de derecho. Esto es la base para la protección de los demás derechos que otorga la norma constitucional, en forma equivalente al reconocimiento que ellos tienen en el derecho internacional.

La segunda prescripción consiste en el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades, así como de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ellas ocupan. Ambas determinaciones constitucionales son operativas. En este último caso, se trata de aplicar el régimen sobre el dominio público, establecido por el derecho administrativo, dado en concesión de uso y usufructo a las comunidades que poseen esas tierras. Aclara el autor, que si bien la constitución habla de propiedad, al tratarse de una propiedad fuera del comercio, porque las tierras no pueden ser enajenadas ni tramitadas, se convierte en un dominio público dado en concesión de uso y usufructo de

"2018 Año de la Concientización sobre la Violencia de Género #Ni Una Menos" Ley N° 2750-A

Corresponde al Expte. N° 8356/16 carácter perpetuo. Este régimen debe aplicarse, a n cuando las tierras sean provinciales (conf.

Quiroga Lavié "Constitución de la Nación Argentina Comentada", Ed. Zavalía, Bs. As. 2000, p.427 y ss.), Siguiendo el orden normativo, en el año 2000, entró en vigencia el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra (Suiza) en 1989, (Ley 24.071 publicada en el B.O del 30/08/2000). Este es un tratado internacional, vinculante para los Estados que, como el nuestro lo han ratificado, establece derechos colectivos, cuyo beneficiario son los pueblos indígenas en su globalidad, reconociéndoles como titulares de derechos propios. En este sentido los derechos reconocidos son autoejecutables, es decir que autorizan a la comunidad a exigir su respeto en justicia cuando las autoridades estatales actúan en su contra u omiten actuar a favor de su reconocimiento. Luego en el año 2007, el 13/09/07, nuestro país firmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los derechos de los pueblos indígenas. Por un lado, reafirma los derechos individuales, como personas indígenas, ya consagrado en los tratados de derechos humanos y, por el otro, reafirma los derechos colectivos de los pueblos indígenas que establece el Convenio 169 de la OIT. Sin bien, la Declaración no es un tratado, su fuerza normativa, esta dada en que reconoce derechos humanos, ya establecidos en los instrumentos internacional con jerarquía constitucional (art.75 inc. 22), legalmente vinculante para nuestro país.

Por otra parte, la Provincia del Chaco en el marco de sus competencias constitucionales y en el ejercicio del poder constituyente derivado, específicamente, ha otorgado derechos a los Pueblos indígenas con un tratamiento relevante en su artículo 37 cuando establece: "La provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen.

Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: La educación bilingüe e intercultural. La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable. Su elevación socio-económica con planes adecuados. La creación de un registro especial de comunidades y indígenas".

De conformidad con las normativas expuestas, la Sentencia del 04/12/2008 -fs. 469/517- obrante en los autos caratulados "Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH) y Pueblos Indígenas QOM, Wichi y Mocoví c/ Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/ Acción de Amparo" Expediente N 454/07 -del registro del Juzgado Civil y Comercial N 6 de la Primera Circunscripción-, dispone en el punto II:

"...HACER LUGAR

A LA ACCION DE AMPARO , promovida por el INSTITUTO DEL ABORIGEN CHAQUEÑO

(I.D.A.C.H.) Y PUEBLOS
INDÍGENAS QOM, WICHI Y MOCOVÍ, ordenando el Gobierno de la Provincia del Chaco a que, a través de sus órganos pertinentes, de conformidad a la distribución constitucional y legal de organización y ejercicio del poder p blico arbitre los recaudos a fin de dar estricto e inmediato cumplimiento a lo prescripto por el art. 37 de la Constitución Provincial, 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, Convenio 169 de la O.I.T. y el Acta Acuerdo celebrada con la demandante en fecha 19/08/2006, en la forma y con los alcances dispuestos en los considerandos debiendo informarse concretamente a esta jurisdicción, de manera documentada, cada una de las medidas que se adoptarán a tal fin en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente..." IV.- Dentro del marco normativo indicado y la realidad fáctica que ha derivado la cuestión planteada, cabe destacar que el Decreto N 3262/15 al desafectar 63.800 hectáreas para regularizar la situación de los criollos resultaría "prima facie" manifiestamente contrarios al mandato constitucional, que proclama que dichas tierras: "Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros." -art. 37 de la Constitución Provincial-, limitación que los poderes constituidos no pueden desconocer. (Ver informe de fs. 65/66). Incluso la limitación constitucional, como todos sabemos, esta por encima del poder de la mayoría. De lo contrario, quedaría privada de sentido la idea

"2018 Año de la Concientización sobre la Violencia de Género #Ni Una Menos" Ley N 2750-A

Corresponde al Expte. N 8356/16 misma de la tierra comunitaria, sí la cláusula constitucional "...inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros..." es prescindida o desconocida por la mayoría de la generación presente. En igual sentido, la voluntad legislativa ha determinado mediante -Ley Provincial N 562-W- que: "Artículo 11: Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley no podrán ser embargadas, enajenadas, ni constituirse sobre ella garantía alguna, ya sea por acto entre vivos o disposición de ltima voluntad, bajo pena de nulidad absoluta ." Asimismo el Artículo 12 establece: "Serán inscriptas ante el

Registro de la
Propiedad Inmueble de la Provincia, las garantías de inembargabilidad,
imprescriptibilidad,
indivisibilidad e
transferibilidad a terceros en los títulos otorgados a familias y
comunidades indígenas, de
conformidad con lo
previsto en el artículo 37 de la Constitución Provincial 1957-1994 "
Es que tal como ha sido expuesta la
pretensión del cautelante, los actos
administrativos
impugnados "prima facie" carecerían de sustento legal (art. 114 de la
L.P.A. N 179-A).

Todo ello, nos lleva a considerar que se
encuentra acreditado "prima facie" el
requisito de
verosimilitud del derecho y peligro en la demora -ante la eminent
titularización de las tierras
comunitarias-, lo que
justifica el otorgamiento de la cautelar intentada. Ello, dentro del
carácter de provisoriedad de esta
medida.

En dichos términos, cabe acceder a la medida cautelar interpuesta por la
actor y en consecuencia
ordenar a la Provincia del Chaco a la suspensión de los actos
administrativos y procedimientos que
dispongan
afectación y/o titularización de tierras a criollos dentro de la
propiedad indígena denominada
"Reserva Grande", ello
hasta tanto se resuelva en definitiva la acción principal.
En cuanto a la contracautela, deberá la accionante prestar caución
juratoria en legal forma, para
responder por los daños y perjuicios que pudiera irrogar el despacho de
la presente medida.

Las costas de la presente se imponen a la parte demanda, vencida (art. 97
del C.C.A.), difiriéndose
la regulación de los honorarios de los profesionales intervenientes para
la oportunidad de fallarse en
definitiva.

Por los motivos dados, la SALA SEGUNDA DE LA C-MARA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO, con la integración de fs. 55/56
RESUELVE:

I. HACER LUGAR a la medida cautelar innovativa
deducida por el señor Orlando
Charole, y en
consecuencia ordenar a la Provincia del Chaco la suspensión de los actos
administrativos y
procedimientos que
dispongan afectación y/o titularización de tierras a criollos dentro de
la propiedad indígena
denominada "Reserva
Grande", hasta tanto se resuelva en definitiva la acción principal,
debiendo informar a éste Tribunal
el cumplimiento
de la medida dentro de las 72 hs. de notificada la presente en forma
documentada. A tal fin, librese

oficio de estilo.

HABILITENSE DÍAS Y HORAS INH-BILES.

II. PREVIA CAUCIÓN JURATORIA que prestara el peticionante en legal forma.

III. COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA, difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad de fallarse en definitiva.

IV.- REGISTRAR. PROTOCOLIZAR Y NOTIFICAR personalmente o por cédula.

NATALIA PRATO

ANTONIO LUIS

MARTINEZ

-Juez Sala Segunda-

-Presidente Sala Segunda-
Cámara en lo Contencioso

Cámara en lo
Contencioso

Administrativo

Administrativo

MARIA VIRGINIA SERRANO
Secretaria Sala Segunda
Cámara en lo Contencioso Administrativo

Día de NOTIFICACIONES: 25 / SEPTIEMBRE / 2018

MARIA VIRGINIA SERRANO
Secretaria Sala Segunda
Cámara en lo Contencioso Administrativo