



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 8 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad".

Considerando:

1°) Que los agravios de la parte recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, cuyos fundamentos esta Corte comparte -con excepción del último párrafo del acápite VIII- y a los cuales se remite en razón de brevedad.

2°) Que, sin perjuicio de ello, resulta fundamental reiterar que la declaración de invalidez de las normas impugnadas podría generar graves y complejas consecuencias institucionales.

3°) Que, dado que esta Corte tiene el deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar este tipo de situaciones, corresponde establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo. Para satisfacer este objetivo, deviene imprescindible admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los

instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

Por ello, y conforme con lo dictaminado, corresponde:

1. Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en los términos precedentes (art. 16 de la ley 48).

2. Admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

3. Condenar a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

4. Establecer que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén será el encargado de controlar la ejecución de la sentencia y de recibir los informes con los avances logrados en la Mesa de Diálogo.

Las costas se imponen a la parte demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto del Poder Ejecutivo provincial 2/2004 que convocó a elecciones para conformar la comisión municipal respectiva (fs. 615/638 del expediente 1090/04).

Luego de señalar que la pretensión de la parte actora consistía en que se declarara que la creación del municipio sobre territorio de las comunidades mapuches no había resguardado el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas y había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural (en contradicción con lo dispuesto en el art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales), el tribunal superior de justicia sostuvo que la citada ley 2439 no vulneraba los arts. 203 y 204 -actuales arts. 273 y 289- de la constitución local, ni el art. 53 de dicho cuerpo legal, argumentando: *i)* que la organización de un municipio era una facultad del poder legislativo



Corte Suprema de Justicia de la Nación

provincial; *ii*) que había sido ejercida dentro del marco discrecional allí dispuesto que, por otra parte, no consagraba ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial sino que únicamente requería la existencia de un centro de población de 500 habitantes; y *iii*) que la estructura municipal no era incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche ni con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que -por el contrario- era la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural.

El máximo tribunal de justicia provincial aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos debían operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía y manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones gubernamentales derivado del municipio creado podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, cuestión que excedía los límites de la demanda.

El tribunal en cita se expidió asimismo sobre el derecho a la consulta y a la participación, consagrados en los arts. 6°, 7° y 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin perjuicio de destacar la trascendencia de dichas prerrogativas, precisó que el derecho a la consulta previa surgía solo ante medidas legislativas que incidieran en forma directa sobre las comunidades indígenas, esto es, aquellas disposiciones destinadas específicamente a esos pueblos o que

por su contenido material pudieran afectarlos en asuntos que le eran propios, circunstancias que no se presentaban en el caso de la ley 2439 por tratarse de una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial. Por último, destacó que el citado convenio contemplaba el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que fueran al menos equivalentes a las del resto de la población, lo que en el caso había sido cumplimentado mediante el llamado a elecciones ordinarias.

Contra dicha decisión la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 653/671, 699/700 del citado expediente).

2°) Que el remedio federal es formalmente admisible, pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incisos 17 y 22) y en instrumentos internacionales (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión apelada fue a favor de la validez de las disposiciones locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado (art. 14, incisos 2 y 3, de la ley 48).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obsta al examen de las cuestiones federales planteadas, la circunstancia de que el tribunal superior de justicia hubiera expresado la imposibilidad de resolver sobre dichos planteos en el marco de una acción de inconstitucionalidad como la intentada pues, finalmente, se expidió al respecto, lo que habilita a este Tribunal a pronunciarse sobre el punto.

3°) Que a fin de precisar el nudo del conflicto, corresponde destacar que no se encuentra controvertido en el caso que: *i)* la Provincia del Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios (art. 270 de la constitución local); y *ii)* las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites del municipio de Villa Pehuenia, creado por la ley provincial 2439.

La cuestión a dilucidar consiste entonces en determinar si, en el caso de autos, el Estado provincial al ejercer la facultad de crear el municipio ha vulnerado los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

4°) Que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de "conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de

ellos al catolicismo", tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar "el respeto a su identidad cultural", entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Por su parte, la constitución de la Provincia del Neuquén contiene en su art. 53 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

Esta prerrogativa importa "oír la voz de los pueblos indígenas" con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses.

5°) Que a la luz de dichas premisas, y recordando que no está en discusión la facultad constitucional de la provincia prevista en el art. 270, se advierte que en el caso -tal como ha sido destacado por la señora Procuradora General de la Nación-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

la entidad y la repercusión de la creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que la provincia hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada.

Ello así por cuanto la "creación legal" de un municipio no supone un acto por el cual se hace surgir una realidad de la nada; el Poder Legislativo no es un demiurgo que crea los vecinos y las viviendas que habitan, para luego afirmar que esos elementos serán a partir de su voluntad un municipio. Vecinos y viviendas constituyen una realidad preexistente que justifica la decisión gubernamental; por ello lo que hace el legislador es un acto de "reconocimiento atributivo": "reconoce" una realidad -en el caso neuquino una cantidad mínima de vecinos- y le "atribuye" un *status* jurídico específico pleno de consecuencias institucionales.

En tal sentido, la conformación de un municipio supone para el actor gubernamental (constituyente o legislador), cuando menos, dos órdenes de decisiones: a) una decisión de carácter *institucional*, por la que se establece el modelo de organización que en el futuro se adoptará, lo que conlleva la determinación de las facultades, derechos y obligaciones que se le reconocerán al gobierno local y a los vecinos; y b) otra decisión de naturaleza *territorial*, por la que se delimita el ámbito espacial de vigencia del nuevo ordenamiento dentro del que habrán de desarrollarse las relaciones vecinales y la prestación de los servicios públicos locales.

Resulta evidente que ambos aspectos (el de la nueva organización política y el de la demarcación territorial) no resultan ajenos a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren comprendidos; por el contrario, la "creación" municipal realizada con abstracción de la existencia de dichos pueblos (y de sus derechos) no constituye una aplicación razonada de la normativa constitucional que expresamente reconoce la obligación del Estado -nacional y provincial- de asegurar su participación en la gestión de aquellos asuntos que puedan afectarlos (art. 75, inciso 17, anteúltimo párrafo, de la Ley Fundamental).

6°) Que, en efecto, la *adopción de un determinado modelo institucional* (comprensivo de la estructura y de las potestades asignadas al órgano competente conforme a los arts. 273 y 278 de la Constitución local) puede proyectar efectos sustantivos en la organización ancestral de los pueblos originarios. No es posible subestimar la circunstancia, señalada por las actoras, en punto a que en el seno de la población mapuche las decisiones son tomadas mediante mecanismos e instituciones propias, como son los parlamentos comunitarios y los *lonkos* que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. Asimismo, *la determinación de los límites geográficos* también puede impactar en los intereses de la población concernida en la medida en que se vean afectados la integridad o el uso y/o goce de dichos territorios.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional. De lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población.

7°) Que en tales condiciones, las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que, al sancionar la ley 2439, el Estado provincial no ha respetado el derecho constitucional a la participación.

No solo no ha 'oído' a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas - debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población- exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses.

En esa inteligencia, la circunstancia destacada por el tribunal superior de justicia vinculada con el llamado a elecciones ordinarias como forma de cumplimentar con la participación constitucionalmente reconocida, y judicialmente reclamada, no parece atendible. La "participación" de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país.

8°) Que aun cuando el desarrollo precedente lleva a admitir la pretensión de las recurrentes y, con ello, a declarar la inconstitucionalidad de la ley 2439 y del decreto 2/2004, este Tribunal no puede desconocer las consecuencias institucionales que, ineludiblemente, se derivarían de dicha decisión. En efecto, a la hora de juzgar acerca de la solución que corresponde adoptar en el caso concreto, no cabe perder de vista que el municipio creado por la referida ley se encuentra funcionando desde hace varios años.

En tales condiciones, corresponde que este Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar que los efectos de su pronunciamiento puedan acarrear graves consecuencias institucionales -incluso mayores que las que se intentan remediar- en perjuicio de toda la población, mantenga la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

creación del municipio de Villa Pehuenia, así como los actos jurídicos que se celebraron y que pudieron generar derechos y obligaciones de la más diversa índole (conf. doctrina Fallos: 330:2361; 331:2691).

Sin perjuicio de ello, con el fin de impedir que, de aquí en adelante, pueda presentarse un escenario análogo, corresponde establecer pautas concretas tendientes a que las medidas adoptadas se adecuen a las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 203 de la Constitución de Neuquén).

En este particular contexto, la solución que se propone se presenta como aquella que, en un marco multicultural y diverso, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

I.- Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar -con el alcance indicado- la sentencia apelada, y hacer lugar a

la demanda en los términos del presente fallo (art. 16 de la ley 48).

II.- Disponer que, en el marco del principio de "colaboración sin interferencia" que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, la Provincia del Neuquén, en el plazo de 60 días, convoque y concrete una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para oírlos y diseñar en forma conjunta con la Municipalidad de Villa Pehuenia mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación, de modo que las comunidades originarias puedan intervenir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucren y, de esta forma, optimizar la convivencia entre los habitantes del municipio, adecuando -de ser necesario- la legislación en la materia.

III.- Establecer, en función del principio señalado en el ítem precedente, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén controle la ejecución de la sentencia y reciba los informes con los avances logrados en la mesa de diálogo.

Costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

DISI-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina -en adelante, las actoras- oportunamente iniciaron una acción de inconstitucionalidad contra la Provincia del Neuquén con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que dispone la creación del municipio de tercera categoría denominado "Villa Pehuenia" y del decreto PEP 2/2004 que llama a elecciones para la conformación de la comisión municipal de dicho municipio. Argumentaron que no se respetó ni su derecho a ser consultadas con carácter previo a la sanción de dicha ley ni tampoco su derecho de participación. Alegaron la violación de los arts. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos tratados incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y los arts. 2.1, 4.1, 5 a), 5 b), 6, 7.1, 8.1, 8.2, 13.1, 14.1 y 15.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "Convenio 169 de la OIT"), 203 de la Constitución Provincial y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2°) El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida en instancia originaria por las actoras (fs. 615/638). Sostuvo

que la ley de municipalización de Villa Pehuenia no era contraria a la constitución de la provincia (cfr. apartados IX y X). Negó que la creación del municipio de Villa Pehuenia hubiera alterado o vulnerado la identidad del pueblo mapuche. Afirmó que, si bien el Estado provincial debe respetar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos mapuches, posibilitar la práctica de la autonomía diferenciada, respetar su identidad, su cultura, sus formas de organización social y sus capacidades para determinar sus propios desarrollos, debe hacerlo sin menoscabo de la autonomía provincial y la soberanía nacional.

Señaló, además, que la ley provincial 2439 no absorbía facultades privativas de las comunidades indígenas - como inexactamente lo había postulado la demanda- puesto que, aun con anterioridad a su sanción, las facultades del poder administrador en el ejido de Villa Pehuenia definido desde 1996 eran desempeñadas por una comisión de fomento. Adujo que la aplicación concreta de las atribuciones municipales podía eventualmente entrar en colisión con los derechos de las comunidades indígenas pero dicha cuestión remitía a un examen particular y concreto que rebasaba los límites de la acción de inconstitucionalidad intentada.

Respecto a las alegadas violaciones de la Constitución Nacional y del Convenio 169 de la OIT, el tribunal provincial aclaró que la acción de inconstitucionalidad provincial establece un control de constitucionalidad concentrado y de efectos derogatorios y que, por lo tanto, no es



Corte Suprema de Justicia de la Nación

un procedimiento apto para el ejercicio del control de constitucionalidad federal. No obstante ello, entendió que correspondía examinar las posibles violaciones al orden federal dada la importancia institucional del caso (cfr. apartados VIII y XI, primer párrafo).

Analizó, entonces, si la ley 2439, al reconocer categoría de municipio a Villa Pehuena, había desconocido algún derecho de las comunidades indígenas, específicamente, el derecho estipulado en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. La respuesta fue negativa. Destacó, al respecto, que el Convenio OIT no establece que debe consultarse a dichas comunidades frente a toda ley que sea susceptible de afectarlas sino únicamente cuando las leyes en cuestión las afectan o puedan afectarlas directamente. Según el tribunal *a quo*, el derecho de las comunidades a ser consultadas solo emerge cuando se está ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que, de manera directa y específica, regule situaciones que repercuten en las comunidades indígenas o cuando del contenido material de la medida que se pretende sancionar se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. De acuerdo con el tribunal *a quo*, ninguna de estas circunstancias se presentaba en relación con la ley 2439.

Por otro lado, el tribunal *a quo* afirmó que la decisión de crear el municipio de Villa Pehuena respondía a una actuación del Estado provincial destinada al cumplimiento de un mandato impuesto por el constituyente provincial que concedió el

carácter de municipio a todo poblado que superase los quinientos habitantes (art. 270, Constitución de Neuquén).

Finalmente, el tribunal *a quo* sostuvo que, en el país, la soberanía reside en el pueblo quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes seleccionados mediante el sufragio que constituye la base de la organización del poder del Estado y que el pueblo es único e indivisible, aun cuando converjan en él distintas etnias y culturas. En relación con el derecho a la participación, el tribunal señaló que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados con sus pueblos indígenas se remite a la promoción de oportunidades de participación las que deben ser, al menos, equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población. Afirmó que dicho compromiso se honró al convocarse, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° de la ley 2439, a elecciones generales ordinarias para la integración de la primera comisión municipal.

3°) Contra la sentencia del tribunal superior, las actoras interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido por el tribunal *a quo* por existir cuestión federal (fs. 699/700 vta.).

Las recurrentes plantean tres agravios. En primer lugar, sostienen que la negativa del tribunal *a quo* de aplicar el derecho federal para resolver la acción local de inconstitucionalidad resulta violatoria del principio de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

supremacía federal establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional y que la exclusión del derecho federal es contraria a la Constitución provincial, que incorpora explícita o implícitamente todos los derechos y garantías federales al orden local.

En segundo lugar, las recurrentes alegan que no se ha honrado la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que puedan afectar directamente sus derechos e intereses imponiendo a la comunidad mapuche un modelo político representativo, extraño a la modalidad de dicha comunidad caracterizada por la toma de decisiones mediante asambleas de familias, consultas permanentes y búsqueda de consensos. Aducen que el desconocimiento de la institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituyen un mecanismo de "erosión cultural" y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena. Sostienen que una organización municipal como Villa Pehuenia, cuando resulta de una imposición inconsulta del Estado, no incorpora en su órbita los derechos, intereses y pautas culturales de las comunidades y se constituye en un obstáculo a la autonomía indígena que la sentencia dice respetar.

Por último, disputan la interpretación que realizara el tribunal a quo según el cual las únicas medidas que

requerirían un previo proceso de consulta serían aquellas que el Estado orienta directamente a los pueblos indígenas y no a la generalidad de los ciudadanos. Sostienen que la posibilidad de incidencia "directa" sobre los pueblos indígenas resulta de la afectación que las medidas administrativas o legislativas tengan sobre los derechos de éstos al mantenimiento de su integridad, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. Agregan que cualesquiera sean las formas de la medida o las intenciones de los órganos estatales y, aun si estos no advirtieran la afectación, se impone un previo proceso de consulta.

4°) A fs. 710/718 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación en el que opina que se debe hacer lugar al recurso extraordinario federal y revocar la sentencia apelada. En lo sustancial, entiende que la ley 2439 y el decreto provincial PEP 2/2004 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas. Sostiene que la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir de forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por otro lado, afirma que la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder



Corte Suprema de Justicia de la Nación

constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades. En el caso, eso implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Por ello, sostiene que, si bien la ley 2439, en principio, es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial sobre los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, lo que demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local. En opinión de la señora Procuradora, la sanción de la ley 2439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal a quo, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la señora Procuradora sostiene que la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar el espacio de autodeterminación necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Agrega que, en el caso, el derecho a la participación se ve afectado no solo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

5°) El recurso extraordinario es admisible pues las recurrentes cuestionan la constitucionalidad de normas locales - ley 2439 y decreto PEP 2/2004- por ser contrarias al derecho a ser consultadas previamente establecido en el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT y al derecho a la participación establecido en los arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT y en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y la decisión ha sido a favor de la validez de las normas locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por las recurrentes (art. 14, inciso 2°, de la ley 48).

6°) El procedimiento seguido por ante el tribunal superior de la Provincia del Neuquén, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho local, tiene por objetivo el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, concentrado y con efectos derogatorios en caso de que se resuelva la inconstitucionalidad de la ley (cfr. ley provincial 2130). Ahora bien, ni los tribunales de la Nación ni esta Corte Suprema entre ellos cuentan con jurisdicción para dictar fallos en abstracto - sin la presencia de un caso o controversia- y con efecto abrogatorio de las leyes (art. 2° de la ley 27; doctrina de Fallos 12:372; 24:248; 115:163; 139:65; 183:76; 247:325; 313:1010; 315:276; 339:1223; entre otros), diferencia que hace necesario precisar el alcance que tendrá el pronunciamiento de esta Corte.

En esta causa las recurrentes han denunciado, entre otras cosas, que la Provincia del Neuquén, por el mero hecho de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

sancionar la ley 2439 que creó un municipio de tercera categoría, ha vulnerado de manera concreta el derecho que les asiste a ser consultadas de manera previa (art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT) y el derecho a participar en el funcionamiento del Municipio de Villa Pehuenia (art. 75, inciso 17 de la Constitución y arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT). De todas las cuestiones consideradas en la sentencia apelada, estos son los únicos puntos respecto de los cuales el proceso sustanciado y la sentencia que le puso fin tienen un efecto concreto y actual sobre los derechos de las recurrentes. Son, por lo tanto, los únicos puntos en relación con los cuales la sentencia apelada es asimilable a una decisión recaída en una causa o caso contencioso.

El resto de las cuestiones tratadas en el fallo del tribunal superior de la provincia se relacionan con la compatibilidad en abstracto de la ley 2439 con disposiciones y principios constitucionales provinciales y nacionales, cuestiones que resultan extrañas a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación y, por consiguiente, también al recurso extraordinario reglado en los arts. 14 a 16 de la ley 48. Es claro que si se produjeran vulneraciones concretas de sus derechos nada impedirá a la parte actora que promueva las respectivas acciones judiciales en busca del remedio que estime más adecuado.

Por último, la estructura del proceso seguido por ante el Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén, de

acuerdo con la ley local 2130, no incluyó debate alguno entre las partes sobre pretensiones distintas a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Por lo tanto, la sentencia del tribunal provincial y la de esta Corte, al revisar los puntos constitucionales que se acaban de definir, se encuentra limitada a pronunciarse sobre la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Ello es así por las restricciones propias del debido proceso y del derecho de defensa que tales restricciones buscan preservar.

7°) Para resolver este caso, es preciso que el Tribunal determine el alcance de los derechos concedidos a las comunidades indígenas, en especial, los derechos a la consulta previa y a la participación en la adopción de aquellas medidas que las afectan.

Esta determinación debe realizarse teniendo en cuenta que, desde hace varias décadas, nuestro país se comprometió con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas que todo el arco político consideró necesaria para contrarrestar los siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos. Así, entre otras cosas, en 1985 se sancionó la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el art. 75 inciso 17, y en el año 2000 se ratificó el Convenio 169 de la OIT.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obstante, la decisión debe también dar cabal cumplimiento al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación.

8°) A los fines de juzgar si el reconocimiento del estatus de municipio a Villa Pehuenia vulneró el derecho a la consulta previa de las recurrentes, es imprescindible fijar el alcance de los textos en los que las recurrentes fundan dicho derecho. En este sentido, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT establece que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán (...) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Surge claro del texto transcrito en el párrafo precedente que el convenio no concede el derecho a la consulta previa en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar a las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas no tienen, por ejemplo, el derecho a ser consultadas previamente frente a

medidas que las afectan porque afectan a todos los argentinos o a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia. Como quedó dicho precedentemente, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT califica el derecho a la consulta que concede mediante la expresión "susceptible de afectarles directamente".

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 31.4 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos. Ahora bien, según la Real Academia Española, entre las acepciones del adjetivo "susceptible" se encuentra la de ser "capaz de". Por su parte, dentro de las acepciones del verbo "afectar", el Diccionario de la Real Academia incluye la de "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente" y, por último, el adverbio "directamente" quiere decir "de modo directo". Al definir el adjetivo "directo" la Academia incluye varias acepciones pero la única que es aplicable aquí es la siguiente: "que se encamina derechamente a una mira u objeto".

Entonces, de conformidad con el sentido corriente de los términos usados en el art. 6.1.a, la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria únicamente respecto de las medidas administrativas o legislativas que son capaces de menoscabar o perjudicar derechamente -y no de modo indirecto o remoto- a los derechos de las comunidades indígenas.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La exigencia de que, para que sea obligatoria la consulta previa, tiene que tratarse de una afectación a un derecho especialmente reconocido a los pueblos indígenas surge del mismo Convenio 169 de la OIT. En efecto, el Convenio 169 de la OIT no establece una obligación de consulta previa exigible por las comunidades indígenas en todos los casos sino solamente cuando se apliquen "las disposiciones del Convenio". Así lo dispone expresamente el art. 6.1.a del Convenio y se encuentra confirmado por los trabajos preparatorios en los que se indica que lo que se pretendió fue reconocer que "las poblaciones indígenas y tribuales (sic) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y **en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente**" (OIT, observación 2010/81, página 4, el destacado es propio).

Ratifica esta interpretación el hecho de que el Convenio 169 de la OIT específicamente explicitó la necesidad de consultar a los pueblos indígenas solo en el caso de medidas que están dirigidas a las comunidades (arts. 17.2, 22.3 y 28.1) o cuando no estén dirigidas a ellas pero pueden afectarlas directamente en un derecho reconocido en el mismo Convenio (art. 15.2). Es razonable asumir que la regla general que impone el deber de consultar a las comunidades no puede ser contradictoria con la regulación específica de los casos de consulta pues el contexto, que incluye el modo en que un instituto es regulado por el tratado, debe ser siempre tenido en cuenta a los efectos

de la interpretación de un tratado internacional (art. 31.2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De lo anterior surge con claridad que el derecho a la consulta previa solo puede esgrimirse frente a una medida legislativa o administrativa que regule de modo directo a los pueblos indígenas o a sus integrantes o, si se trata de una medida de alcance general, cuando puedan afectar directamente (y no de modo indirecto o remoto) un derecho de los pueblos indígenas reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

9°) Ni la ley 2439 ni el decreto PEP 2/2004 -que fijaron el ejido de Villa Pehuenia e importaron la organización del poder a nivel municipal- debieron ser precedidos de una consulta. Las actoras no tienen ese derecho en tanto la creación de un gobierno municipal es una norma general que no menoscaba de un modo directo los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas.

Tanto la ley 2439 como el decreto PEP 2/2004 son medidas de alcance general que no fueron dirigidas única y exclusivamente a regular a los pueblos indígenas ni a sus integrantes. Además, por las consideraciones que se expresan a continuación, no se ha demostrado que dichas medidas tengan un impacto directo sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

La ley 2439 fijó el ejido de Villa Pehuenia pero no modificó el *status quo* existente hasta ese momento en materia de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

demarcación territorial pues Villa Pehuenia es territorialmente coincidente con los límites fijados en el Anexo 1 del decreto 367/96. Por otro lado, no se ha demostrado que dicha demarcación haya menoscabado de modo directo alguno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, no se ha demostrado que la mera atribución de facultades al gobierno municipal incida de modo directo en el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales que sí fueron reconocidos por el Convenio OIT 169 a las comunidades indígenas. La creación del Municipio de Villa Pehuenia no afecta el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14); ni el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15); ni el derecho a no ser trasladado de las tierras que ocupan (art. 16); ni el derecho a que se respeten las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (art. 17); ni el derecho que se adopten medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo (arts. 20 y sgtes.); ni el derecho de disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales que los de los demás ciudadanos (arts. 21 y sgtes.); ni el derecho a que se les extiendan los regímenes de seguridad social progresivamente y sin discriminación (arts. 24 y sgtes.); ni el derecho a que se adopten medidas para garantizar la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en

pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (arts. 26 y sgtes.); ni ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio.

El municipio de Villa Pehuenia es una organización del poder vecinal plenamente compatible con el modelo político representativo previsto en la Constitución de la Provincia del Neuquén. En efecto, la Constitución neuquina adopta el sistema republicano, representativo de gobierno (art.1°), declara que Neuquén es una provincia indivisible, laica, democrática y social y que "la soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esta Constitución y sin perjuicio de sus derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria" (art. 3°).

La creación de un municipio no afecta ningún derecho reconocido a las comunidades indígenas por el Convenio 169 de la OIT ya que éste no les confiere un derecho a la autodeterminación política. Dicho en otros términos, el Convenio 169 no otorga a las comunidades indígenas el derecho a que el poder político general se organice de manera diferente al modo previsto por las normas constitucionales de los Estados en los que habitan. Por lo tanto, no puede sostenerse que las normas cuestionadas por las recurrentes, al establecer para el funcionamiento de Villa Pehuenia un modelo político representativo y no asambleísta, las afectaron directamente.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La convicción de que los firmantes del Convenio no buscaban reconocer a los pueblos indígenas el derecho a organizar el poder político de una manera distinta a la prevista en las normas constitucionales de los Estados en los que habitaban también surge claramente de una disposición del mismo Convenio. Así, el art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT justamente buscó evitar que se entendiese que la designación del colectivo de los indígenas como "pueblo" en el tratado pudiera sugerir que dicho sujeto colectivo tuviera el derecho a la autodeterminación política. Por eso, se estableció explícitamente que "la utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo el artículo 1(3) buscaba "evitar cuestionamientos legales internacionales en relación con el concepto de 'pueblos', en particular el derecho a la libre determinación, que se reconoce como un derecho de 'todos los pueblos', según está establecido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Más aún, la OIT dejó en claro que en el artículo 1(3) se incluyó "un descargo en relación con el término 'pueblos'" pues "durante la adopción del Convenio 169 en 1989, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación" (Organización Internacional del Trabajo,

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT, pág. 25).

De la Convención surge, entonces, lo que es determinante para la resolución de esta causa, más precisamente, que el Convenio 169 de la OIT no reconoce a los pueblos indígenas derechos de soberanía o autonomía política.

Los trabajos preparatorios confirman la interpretación a la que se ha arribado. De ellos surgen que "la preocupación de quienes no desean utilizar la palabra 'pueblos' obedece al temor de que dicho término entrañe el reconocimiento de un derecho a cierto grado de autonomía política, inaceptable para muchos Estados". La Oficina estima que "tal implicación puede evitarse si los debates de la Conferencia dejan bien claro que tal término se utiliza para reconocer que estos grupos tienen identidad propia y se consideran a sí mismos como pueblos, pero que las implicaciones del término dentro del contexto nacional de los Estados que ratifiquen el convenio deben fijarse a nivel nacional". Asimismo, en los trabajos preparatorios, se ha dejado constancia que "la oficina no propone que el convenio revisado proporcione una definición completa del término 'pueblos', si bien estima que sería conveniente aclarar que la utilización de esa palabra en el convenio no se debería interpretar en el sentido de que implique el derecho a la autodeterminación política, puesto que esta cuestión no es, evidentemente, de la competencia de la OIT" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas



Corte Suprema de Justicia de la Nación

y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 60 y 64).

10) Por otra parte, la provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004 tampoco ha incurrido en una falla convencional en relación con el derecho a la participación de las comunidades indígenas.

El art. 6.1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que los Estados deberán "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado esta obligación pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población. El decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad.

Es verdad que el artículo 7.1 del referido Convenio establece que "los pueblos interesados (...) deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y

programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" pero nada hay en la ley 2439 que pueda ser interpretado como un obstáculo para que, en el futuro, las comunidades indígenas participen a través de un adecuado sistema de consulta en la adopción por las autoridades provinciales y municipales de políticas y programas que les conciernan directamente.

El Convenio 169 de la OIT no exige que se establezcan mecanismos determinados o específicos, como parecen sugerir las recurrentes, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas y programas que les conciernan. Por el contrario, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, cada Estado podrá determinar la naturaleza y alcance de las medidas que aseguran el derecho a la participación de las comunidades indígenas según las condiciones propias de cada país (cfr. artículo 34, Convenio 169 de la OIT). Por lo tanto, no puede concluirse que la ley 2439 o el decreto PEP 2/2004 vulneraron derecho alguno de las comunidades indígenas. Los trabajos preparatorios, una vez más, refuerzan esta conclusión pues de ellos se desprende que el texto del Convenio buscó "permitir, pero no exigir, medidas tales como la asignación de escaños especiales en el cuerpo legislativo o la reserva de empleos en la administración pública" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 144/145).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

11) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (fs. 655), mencionada por las recurrentes, no es aplicable al caso. Según dicha Declaración, los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art.19). Además, la referida declaración reconoce el derecho a la libre determinación (art.3); que importa el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art.4). Por último y en lo que aquí interesa, la mencionada Declaración establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo" (art.20).

En primer lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295) no es fuente de obligaciones para nuestro país por cuanto, como toda resolución de la Asamblea General, se trata de una recomendación que, en principio, no tiene carácter vinculante (cfr. arg. arts. 10 y 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas aprobada por decreto/ley

21.195 -ratificado por ley 12838- y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 24 de septiembre de 1945; Brownlie Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, pág. 699; Klabbers Jan, "An Introduction to International Institutional Law", Cambridge University Press, 2002, págs. 206/207) salvo que se demuestre que sus disposiciones han codificado, cristalizado o generado normas de derecho consuetudinario o que reflejan un principio general de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Díez de Velasco Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", decimoséptima edición, 2009, Editorial Tecnos, págs. 240/241; Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, ICJ Reports 1996, párrafo 70). Las recurrentes no han alegado -ni menos aún probado- que alguna de las circunstancias antes mencionadas se configure en este caso y, por ello, la mera invocación de dicha declaración no puede servir como fundamento de una decisión legal.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis se admitiera su carácter vinculante, las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas no avalan la posición de las recurrentes. Ello es así pues dicha declaración solo reconoce el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero en modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En efecto, el art. 46 de la misma Declaración no sólo dispone que “nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que (...) autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” sino que también establece que el ejercicio de los derechos por ella establecidos se encuentra sujeto a “las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

12) Por último, el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional no otorga sustento a los agravios de las recurrentes. Cabe recordar, sintéticamente, que en el recurso extraordinario la parte actora ha sostenido que la municipalización de Villa Pehuenia y la designación de sus autoridades mediante la realización de elecciones constituyen “la imposición de un solo modelo político representativo, extraño a la modalidad asambleística de las comunidades”. Agregó que el “desconocimiento de la propia institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituye un mecanismo de ‘erosión cultural’ y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena”.

Las recurrentes se quejan por la imposición de un sistema decisorio que, según ellas, avanza hacia el interior de la vida de las comunidades indígenas. Esto es erróneo. La

municipalización de Villa Pehuenia no implica imponer ningún sistema para la toma de decisiones internas de la comunidad indígena. El municipio de Villa Pehuenia, que incluye a toda la población del ejido sea indígena o no, no determina cómo deben decidir sus asuntos las recurrentes. Las regulaciones que Villa Pehuenia podrá en lo sucesivo adoptar son, por decirlo de alguna manera, externas a la comunidad indígena y producto del sistema político republicano y representativo que rige en la Provincia del Neuquén y, más generalmente, en toda la Nación. En síntesis, el municipio de Villa Pehuenia no es una amenaza a la vida interna de las comunidades indígenas y, obviamente, Villa Pehuenia no tiene la obligación de organizarse, siquiera parcialmente, por el sistema "asambleístico" propio de las comunidades. Ello solo sería posible si antes se reformase la Constitución Nacional ya que, de acuerdo con ella, el gobierno nacional, provincial y municipal debe adaptarse a la forma representativa y republicana.

13) El art. 75 inciso 17 de la Constitución dispone con claridad que es obligación del Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. De todos modos, no establece lo que necesitarían las actoras para que su reclamo pudiese prosperar, más precisamente, que los pueblos indígenas tienen, además, superioridad *política* sobre el resto de la Nación. En otros términos, el art. 75 inciso 17 no asigna a los pueblos indígenas derechos políticos por encima de los derechos del resto de los ciudadanos que, por



Corte Suprema de Justicia de la Nación

esa razón, impongan al estado provincial la obligación de respetar una manera de tomar decisiones que, como las del sistema asambleístico, es extraña a la forma de gobierno representativa y republicana.

Las manifestaciones realizadas por los constituyentes en la reforma de 1994 ratifican dicha conclusión. En efecto, la Reforma Constitucional reconoció un nuevo paradigma de respeto y protección a la diversidad cultural admitiéndose que "la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural" pero con la aclaración que era "única, integrada e indivisible" (manifestaciones del señor convencional constituyente Díaz, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4083). Asimismo, conscientes de las malas interpretaciones que podría ocasionar el compromiso con el respeto a las comunidades se sostuvo que "no se nos escapa que este tema del reconocimiento de los indígenas como pueblos es objeto de resquemores". Se agregó que "muchos de los convencionales han manifestado incluso su temor de que pudieran reclamar la independencia política del Estado" aclarándose que "el mismo Convenio 169 en el artículo 1, inciso 3, aventa esa posibilidad" y que, por otra parte, "de ninguna manera es el objetivo de los pueblos indígenas que a lo largo de la historia han probado su pertenencia a la Nación Argentina y usado orgullosamente sus símbolos afirmando nuestra soberanía" (manifestaciones de la señora convencional constituyente Rocha de Feldman, Diario de Sesiones de la

Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4088).

Por lo demás, la creación de Villa Pehuenia no "absorbió" el poder a las comunidades indígenas -como alega la recurrente a fojas 655-, y, por lo tanto, no hubo en modo alguno "usurpación" del poder de otro sino más bien una continuidad con el poder propio que era antes ejercido por una comisión de fomento y después de la municipalización pasó a serlo por el municipio de Villa Pehuenia. En otras palabras, siempre hubo sobre las tierras en las que residen las comunidades mapuches una autoridad *estatal* organizada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional.

14) Por último, ni la municipalización de Villa Pehuenia, ni la convocatoria a elecciones para designar sus autoridades se refiere de ningún modo, directo o indirecto, a los intereses expresamente mencionados en la Constitución en el art. 75 inciso 17 respecto de los cuales las comunidades tienen que tener derecho a participar en su gestión, ni tampoco a otros no mencionados pero que tengan una relación similar con las formas de vida de los pueblos indígenas: no se trata de una medida concerniente a la propiedad de las tierras, ni a su uso, ni a los recursos naturales, ni a cuestiones tales como la educación de los niños, las relaciones familiares, la práctica de sus costumbres alimentarias, constructivas, estéticas, fúnebres y demás creencias de tipo religioso o moral, que hacen a la vida de la comunidad, aspectos a los que se alude de manera



Corte Suprema de Justicia de la Nación

general en el recurso extraordinario (cfr. fs. 655). No se afectan la identidad, educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica, la posesión o la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

En todo caso, si en el futuro sucediera que Villa Pehuenia se vea en la situación de tomar decisiones susceptibles de afectar a las comunidades en alguno de esos intereses, tales medidas deberán estar precedidas de las correspondientes consultas y, en su caso, acompañadas por un mecanismo adecuado para asegurar la participación indígena en la gestión de las actividades correspondientes.

El error de las recurrentes es pretender que la existencia del municipio en sí misma se sujete a la consulta y participación previa de las comunidades indígenas cuando dicha existencia no es más que la forma que adopta el estado a nivel local, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5 y 123 de la Constitución.

La elección de la forma en que debe cumplirse con la obligación estatal de permitir la participación de las comunidades en la gestión de los intereses que las afectan no está restringida o limitada por ninguna norma nacional que pueda servir de base a esta Corte para imputar a la provincia el incumplimiento del deber de establecer un cierto mecanismo de participación y, menos aún, para concluir que debió hacerlo

antes de sancionar la ley 2439. Está dentro de las facultades propias de la provincia adoptar una estructura permanente de participación o bien convocar a la participación de los pueblos indígenas frente a cada caso en que las medidas puedan afectar sus intereses indígenas. La provincia también puede generar un espacio de participación dentro del gobierno o fuera de él; concebir formas de participación uniformes o diferenciadas según el tipo de cuestión (educación, salud, recursos naturales, usos de las tierras, etcétera), entre otras muchas variaciones. Se trata, como lo dice expresamente el art. 75, inciso 17, de facultades que las provincias pueden ejercer de manera concurrente con el Congreso.

15) Lo dicho en los considerandos anteriores en nada menoscaba la plena vigencia del derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades indígenas ni de ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Nacional. Por ello, en el futuro, la Provincia del Neuquén deberá realizar una consulta previa a la adopción de toda medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o sus comunidades, ya sea que dicha afectación se derive de los propios términos de la medida administrativa o legislativa en cuestión o que ésta genere un impacto directo sobre los derechos concedidos a la comunidad indígena o a sus integrantes por el Convenio 169 de la OIT. Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2, Convenio 169 de la OIT).

Además, la Provincia del Neuquén deberá asegurar que los pueblos interesados puedan participar libremente en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan así como en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Por último, la Provincia del Neuquén deberá respetar el derecho a la participación en la gestión de los recursos naturales ubicados en las tierras de posesión y propiedad comunitaria y en la gestión de los demás intereses vinculados estrechamente con su identidad como pueblos originarios, de conformidad con lo prescripto en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario federal y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden atento a las particularidades de la cuestión planteada (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Recurso extraordinario interpuesto por la **Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina**, representadas por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

Traslado contestado por la **Provincia de Neuquén**, representada por el **Dr. Alfredo David Sauman**, con el patrocinio del señor **Fiscal del Estado Dr. Raúl Miguel Gaitán**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén**.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto PEP 2/04 que convocó a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva (fs. 615/638).

El *a. quo* expuso que la pretensión de las comunidades indígenas consiste en que se declare que la creación de ese municipio sobre territorios de las comunidades mapuches no resguardó el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no aseguró su derecho a la participación, por lo que contradice el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante “Convenio 169 de la OIT”).

Luego, señaló que esa discusión excede la vía procesal escogida, que sólo admite la impugnación de normas fundada en su contradicción con la Constitución provincial. Por ello, concluyó que el conocimiento del tribunal debe circunscribirse a determinar si la ley 2.439 y el decreto PEP 2/04 se adecúan a la Carta Magna local.

En este sentido, sostuvo que la ley 2.439 no vulnera el artículo 203 de la Constitución local —según la redacción vigente al momento de la sanción de la norma cuestionada— en tanto la organización de un municipio es una facultad del poder legislativo provincial. Agregó que esa atribución fue ejercida dentro del marco

discrecional fijado por esa Constitución, que no consagra ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial de los municipios, sino que únicamente requiere la existencia de un centro de población de quinientos habitantes.

Además, juzgó que la citada ley no atenta contra el artículo 204 de la Constitución provincial — actual artículo 273— ni contra el artículo 53, incorporado con posterioridad y similar al artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional. Por un lado, adujo que la estructura municipal no es incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche y con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que, por el contrario, es la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural. Aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos deben operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía. Por otro lado, manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones municipales podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, asunto que remite a un examen particular y concreto que rebasa los límites de la demanda entablada.

Sin perjuicio de la postura esgrimida en relación con la competencia del tribunal en la acción autónoma de inconstitucionalidad, afirmó que la relevancia institucional del caso demanda dar una respuesta en relación al derecho de consulta y participación, consagrado en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Luego de destacar la trascendencia de esos derechos, precisó que el derecho a la consulta previa surge sólo ante medidas legislativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas, esto es, disposiciones destinadas específicamente a los pueblos indígenas o que por su contenido material puedan afectar a las comunidades en asuntos que les son propios. Entendió que ninguna de esas circunstancias se

Procuración General de la Nación

presenta en el caso de la ley 2.439 dado que es una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial.

Además, afirmó que el Convenio 169 de la OIT contempla el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que sean al menos equivalentes a las del resto de la población. Consideró que ello fue cumplimentado a través del llamado a elecciones ordinarias.

-II-

Contra esa decisión, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 653/671), que fue concedido por el *a quo* (fs. 699/700).

Las recurrentes alegan que la negativa del tribunal a interpretar y aplicar el derecho federal es violatoria del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

En lo sustancial, sostienen que la Provincia de Neuquén estaba obligada a realizar una consulta previa a la creación del Municipio de Villa Pehuenia para asegurar el derecho a la consulta y participación en los términos del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Señalan que la imposición de un órgano municipal sobre el territorio de tres comunidades indígenas, de manera inconsulta, desconoce la forma de vida cultural de estos grupos, sus instituciones y su autonomía y constituye un mecanismo de erosión cultural. Resaltan que la sentencia reconoce un único modelo de representación y participación política que implica una ciudadanía homogénea y excluye del concepto de gestión pública a la institucionalidad comunitaria indígena. Agregan que la articulación entre la institucionalidad indígena y la estatal no puede resolverse mediante la imposición

unilateral e inconsulta de una de ellas, tal como — a su juicio— lo hizo la provincia demandada. Agregan que ello contradice la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se agravan, asimismo, en relación con la interpretación del tribunal *a quo* respecto de los supuestos que, según el Convenio 169 de la OIT, constituirían una afectación directa a los pueblos indígenas y habilitarían un proceso de consulta porque, a su juicio, reducen ese derecho a la voluntad legislativa o administrativa. Expresan que lo determinante para que surja el deber de consulta y participación es que las medidas administrativas o legislativas puedan alterar la integridad, identidad social y cultural, costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas, lo que — entienden— acontece en el caso.

Finalmente, manifiestan que el propio tribunal reconoce que el ejercicio de las atribuciones del municipio podría afectar los derechos de las comunidades y que ese estándar de afectación es, precisamente, el exigido por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales — ley 2.439 y decreto PEP 2/04— bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 17 y 22) y en instrumentos internacionales (arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión fue a favor de la validez de las disposiciones normativas provinciales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por el recurrente (art. 14, incs. 2 y 3, ley 48).

Procuración General de la Nación

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén expresó — en sentido contrario a lo dictaminado por esta Procuración General en el caso “Confederación Indígena de Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, S.C. C. 3262, L. XLII, dictamen del 29 de agosto de 2007, y a lo resuelto por la Corte Suprema en los autos citados— que en el marco de la acción autónoma de inconstitucionalidad local se hallaba impedido de analizar las violaciones fundadas en el derecho federal. Sin embargo, finalmente se expidió sobre el derecho de consulta y participación consagrado en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en razón de la trascendencia institucional del caso (fs. 631/37). Por ello, estimo que la Corte Suprema está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión federal planteada en tanto ha sido tratada por el superior tribunal de la causa.

-IV-

En el presente caso no se encuentra controvertido que las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites políticos del Municipio de Villa Pehuenia según los términos de la ley provincial 2.439. Tampoco está en tela de juicio que la Provincia de Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios.

El aspecto central en debate consiste en determinar si el Estado provincial al declarar, mediante la ley 2.439, a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría vulneró los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, tal como están consagrados en los artículos 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En oportunidad de dictaminar en la causa "Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo" (S.C. A. 759, L. XLVII, dictamen del 27 de septiembre de 2013), me referí a la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta reforma expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3º, 11 de agosto de 1994, págs. 4091, 4094 y 4096).

Con esos fines, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del

Procuración General de la Nación

Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

En particular, la Constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17).

Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (inc. *a*) y, en segundo lugar, deben “establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan” (inc. *b*).

En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado”. Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de

decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” manifestó que “[l]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]” (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166).

-VI-

En el presente caso, respecto del derecho a la consulta, la cuestión central radica en determinar si la sanción de la ley 2.439, mediante la cual se declaró a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría, es susceptible de afectar directamente a las poblaciones indígenas, en tanto ése es el presupuesto que genera el deber de consultar previsto en el artículo 6, inciso *a*, del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con la naturaleza preventiva del derecho, esta norma exige sólo la posibilidad — no la certeza— de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

A mi entender, contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, la creación de un municipio es susceptible de

Procuración General de la Nación

afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por un lado, la creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas. Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT).

Por otro lado, la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales.

La Constitución de la Provincia de Neuquén prevé que los municipios de tercera categoría son gobernados por comisiones municipales que se componen de cinco miembros, elegidos en elecciones directas, y son administradas por un presidente (art. 278). En la demanda y en el recurso bajo estudio, las actoras destacan que en el seno del pueblo mapuche las decisiones son tomadas a través de mecanismos e instituciones propias tales como los parlamentos comunitarios y los lonkos, que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Así, la ley 2.439, que en principio es una norma de

carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local.

En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.

Así, el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, la sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Procuración General de la Nación

Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270 y ss.). Además, el artículo 273 especifica que son atribuciones de la autoridad local: la organización de su funcionamiento económico, administrativo y electoral; la adopción de un plan edilicio y el dictado de normas tendientes a la seguridad y estética de las construcciones; la apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; la regulación en materia de servicios públicos locales, tránsito y vialidad, matanza de animales, mercados, ferias populares, higiene, cementerios, salud pública, moralidad y costumbres, recreos, espectáculos públicos, estética, y, en general, todas las cuestiones de fomento o interés local. Asimismo, están facultados para establecer impuestos y tasas, contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, crear tribunales de faltas y policía municipal, y fijar sanciones.

Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con sus criterios e institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (fs. 31, 32 y 655), eran decididas en el interior del pueblo mapuche. En particular, la matanza de animales, que constituye una práctica tradicional fundamental para la economía familiar (fs. 655), era regulada por la propia comunidad. Para más, la nueva autoridad está investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio.

De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede

implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT.

En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.

-VII-

Por su parte, como se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben “establecer los medios” para que los pueblos y comunidades puedan participar, “por lo menos en la misma medida que los demás”, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. b, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la

Procuración General de la Nación

participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén sostuvo que ese derecho estaba resguardado por la posibilidad de los miembros de las comunidades mapuches de formar parte del proceso de elección de autoridades. Sin embargo, ello no satisface el derecho a la participación especial y diferenciada acogido por el artículo 6, inciso *b*, del Convenio 169 de la OIT, y por el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional. Ese derecho tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales. Dicho de otro modo, su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público. Por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. No puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política.

Al respecto, en un caso referido a los derechos de la participación política de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacó que para que dichos derechos puedan ser ejercidos en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación. En tal sentido, expresó que las comunidades indígenas “se diferencian de la mayoría de la población [...] por sus lenguas, costumbres,

formas de organización y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad [...] [y que] según lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana 'promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas” (Corte IDH, Caso “Yatama c. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 202 y 207). Destacó que “la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos políticos [...] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa” (párr. 217).

En relación al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado su preocupación porque los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más pobres y marginalizados, por su baja participación en la vida política y su escasa representación en el Parlamento. En consecuencia, le ha recomendado que “continúe profundizando su debate interno para encontrar la mejor forma de lograr una adecuada representación y participación indígena, en particular en los asuntos que les atañen [...] [y] recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública” (CERD, Observaciones finales. Argentina, CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), párrs. 23, 28 y 29).

En definitiva, el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas

Procuración General de la Nación

participen en los asuntos públicos. En una zona como la de Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucren sus intereses.

-VIII-

Por las razones expuestas, entiendo que la sanción de la ley 2.439 y, en consecuencia, el dictado del decreto PEP 2/04 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas.

Ahora bien, no puedo dejar de advertir que la declaración de inconstitucionalidad de esas normas en el marco de la acción concreta entablada — art. 30 de la Constitución de la Provincia de Neuquén— implicaría declarar la invalidez, en forma retroactiva, de la creación misma del Municipio de Villa Pehuenia y de las autoridades electivas. Cabe resaltar, asimismo, que ese municipio viene funcionando desde hace más de diez años y desde entonces sus autoridades celebraron actos jurídicos que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, que en gran parte se encuentran firmes. Estas graves y complejas consecuencias institucionales para toda la población deben tomarse en cuenta en la resolución de este caso.

En este contexto, cabe recordar que el Máximo Tribunal interpretó que determinadas situaciones que eran contrarias a la Constitución Nacional debían ser resueltas mediante el reenvío a otros poderes del Estado para su adecuación (Fallos: 329:3089, 331:2691). En algunos supuestos, inclusive, por considerar que las soluciones requeridas eran del resorte de otros poderes, que la problemática planteada

era de una delicadeza, gravedad y complejidad extrema o que la decisión podía acarrear graves consecuencias para la salud institucional, ha ordenado su subsanación y adecuación en vez de declarar la invalidez de la normativa impugnada (Fallos: 330:2361, 331:2691).

Por todo ello, es necesario encontrar una solución que armonice las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la delicadeza de los bienes culturales indígenas en juego (Fallos: 331:2119), que deben ser protegidos de manera imperativa.

En estas circunstancias, corresponde, en primer lugar, condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, cabe condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados.

Tales procedimientos y mecanismos deben cumplir con los estándares internacionales fijados respecto del derecho de consulta y participación indígena.

Por último, la Corte Suprema deberá establecer un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, con intervención de esta Procuración General de la Nación.

Procuración General de la Nación

-IX-

En virtud de todo lo expuesto, opino que se debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia recurrida en los términos indicados.

Buenos Aires, 8 de septiembre de 2014



[Handwritten signature]
ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

[Handwritten signature]
ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación