

**FALLO**  
**Autos "ASOC. INDÍGENA ARGENTINA Y OTRO S/ JUICIOS DE**  
**CONOCIMIENTO"**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala 2.

En Buenos Aires, a los cuatro días del mes de febrero de dos mil, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer del recurso interpuesto en autos "Asoc. Indígena Argentina (Repres. Por Guanuco, R.) y otro s/ juicios de conocimientos", respecto de la sentencia obrante a fs. 366/370 vta. el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

Se ajusta a derecho la sentencia apelada

El Dr. Damarco dijo:

**1.-** La Asociación Indígena de la República Argentina, el Foro Permanente "Los Indígenas en la Reforma de la Constitución Nacional" y la Directora Ejecutiva de la Comisión Indígena Internacional dedujeron acción declarativa en los términos del Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para que cesare el estado de incertidumbre creado por el dictado del decreto del Poder Ejecutivo de la Nación 667/91 por el cual se aprobó la estructura organizativa del Ministerio de Salud y Acción Social.

Manifestaron que la ley 23302 fue reglamentada por decreto 155/89, comenzando así la implementación de lo previsto por la ley. Sin embargo, el Poder Ejecutivo por decreto 667/91 ubicó al **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** como un organismo de la Dirección de Desarrollo de Grupos Sociales dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo de la Persona. De tal modo no se cumplió con lo previsto expresamente por la ley 23302.

Asimismo, expresaron que el decreto estableció que la planificación de programas y acciones, ejecución y control de políticas relacionadas con el desarrollo de las comunidades aborígenes dependerían de la Dirección Nacional de Desarrollo Integral de la Persona, contraviniendo lo prescripto por la ley 23302 que previó que dichas actividades dependerían del **INAI**.

Posteriormente (fs. 94/95) los actores denunciaron como hecho nuevo el dictado del decreto 1667/91 por el cual el **INAI** se transformó en una unidad centralizada de la Administración Pública Nacional.

**2.-** La señora juez a quo, por sentencia de fs. 366/370 vta., hizo lugar a la acción entablada y declaró:

**a)** inconstitucional el Art. 9 del decreto 1667/91 y

**b)** que el **INAI** deberá constituirse como una entidad descentralizada con participación indígena en los términos de la ley 23302.

**3.-** A fs. 374 apeló el Ministerio de Salud y Acción Social y a fs. 438/443 expresó agravios. Ellos fueron contestados a fs. 447/449.

4.- La ley 23302 declaró "de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades" y dispuso que "a ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes" (Art. 1°).

La ley aclaró que se entendería como "comunidad indígena" a "los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización" y como "indígenas" o "indios" a los miembros de dicha comunidad (Art. 2°).

La ley 23302 reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país y dispuso que ella se adquiriría mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguiría mediante su cancelación (Art. cit.).

Por otra parte, estableció que las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería reconocida se regiría de acuerdo a las disposiciones de las leyes cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente (Art. 4°).

El cuerpo normativo al que se viene haciendo referencia creó el **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** "como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social". El Art. 5° de la ley 23302 dispuso que el Poder Ejecutivo designaría a su titular y que se constituiría en el término de 90 días contados desde la vigencia de la ley. Al crearlo, previó que contaría con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor. El Consejo de Coordinación debería integrarse con representantes de varios Ministerios y con representantes elegidos por las comunidades aborígenes cuyo número, requisitos y procedimiento electivo, determinaría la reglamentación (Art. 5°).

Las funciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas quedaron precisadas en el Art. 6° de la ley. Ellas son:

- a) actuar como organismo de aplicación de la ley 23302, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos;
- b) Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo;
- c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. La ley previó que las resoluciones del **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** relativas a la inscripción de las comunidades, así como su cancelación fueran apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez días;
- d) Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de tierras, de educación y salud y
- e) Proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo al fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.

Entre otras disposiciones, la ley dispuso la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad; que las tierras estuvieren situadas donde habitare la comunidad o, en caso necesario, en las zonas próximas mas aptas para su desarrollo; que la adjudicación se realizare prefiriendo a las comunidades que carecieren de tierras o que las tuvieren insuficientes; que la adjudicación pudiese realizarse también en propiedad individual y a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formaran parte de grupos familiares; que la adjudicación se hiciera a título gratuito; que los beneficiarios estuvieren exentos del pago de impuestos nacionales y libres de gastos o tasas administrativas; que el organismo de aplicación gestionare exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales; que las tierras se destinaren a la explotación agropecuaria, forestal, minera, o industrial o artesanal; que las tierras fueren inembargables e inejecutables (Art. 7, 8, 9, 10 y 11).

La ley previó normas relativas a los planes de educación y de salud, disponiendo su artículo 14 que sería prioritaria la intensificación de los servicios de educación y cultura en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas. Al respecto, puntualizó que los planes que se implementaren deberían resguardar y revalorizar la identidad histórico cultural de cada comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo u integración igualitaria en la sociedad nacional. El Art. 18 por su parte dispuso que la autoridad de aplicación coordinara con los gobiernos de provincia la realización de planes intensivos de salud para alas comunidades indígenas, para la prevención y recuperación de la salud física y psíquica de sus miembros, creando unidades sanitarias móviles para la atención de las comunidades dispersas. En otras normas se contemplaron los derechos previsionales y los planes de viviendas para los titulares de las tierras adjudicadas (arts 22 y 23).

5.- La ley fue sancionada el 30 de septiembre de 1985, promulgada el 8 de noviembre de dicho año y publicada en el Boletín Oficial del 12 de noviembre de 1985.

6.- El decreto 155/89, reglamentario de la ley 23302, por su parte, dispuso que el **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** actuaría como entidad descentralizada con participación indígena dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social (Art. 1º) y que entendería como autoridad de aplicación en todo lo referente a la ley 23302, disposiciones modificatorias y complementarias y al Convenio 107 sobre Protección en Integración de Poblaciones Tribales aprobado por la ley 14932, en coordinación con los organismos nacionales, provinciales o municipales competentes. "A estos efectos, - prescribió el decreto, cumplirá todas las actividades conducentes a promover el desarrollo integral de las comunidades indígenas adjudicando prioridad a sus aspectos socio económicos, sanitarios y cultural, preservando y revalorizando el patrimonio cultural de estas comunidades (Art. 2º).

7.- Posteriormente, se sancionaron el decreto 667/91 por el que se aprobó la estructura organizativa del Ministerio de Salud y Acción Social y el decreto 1667/91 que lo reformó. El decreto 667/91, ubicó al Instituto en un nivel departamental dependiente de la Dirección Nacional de Desarrollo Integral de la Persona Humana, dependiente a su vez, de la Subsecretaría de Desarrollo de la Persona Humana.

El decreto 1667/91 transformó al Instituto en unidad centralizada de la Administración Pública dependiente de la Dirección Nacional de Desarrollo Integral de la Persona de la Subsecretaría de Desarrollo de la persona

(Art. 9º) y dispuso que dependiera de la Dirección Desarrollo de Grupos Sociales dependiente de la Dirección Nacional de Desarrollo Integral de la Persona (véanse las modificaciones introducidas al organigrama del Ministerio de Salud y Acción Social a fs. 78/92 de autos, especialmente fs. 82).

**8.-** Las atribuciones invocadas por el Poder Ejecutivo de la nación para reformar por el Art. 9 del decreto 1667/91 la calidad de entidad descentralizada que la ley 23302 otorgó al INAI, son las que le confería el inciso 1º del Art. 86 de la Constitución Nacional.

En tales condiciones surge palmaria y manifiesta la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto 1667/91, desde que como Jefe Supremo de la nación y administrador de ella no pudo dejar de lado una norma de carácter legislativo que disponía de modo expreso el carácter que el **INAI** revestiría desde el punto de vista de su ubicación administrativa.

Si bien el Estado Nacional al expresar agravios no insiste con el argumento, igualmente cabe señalar que no se advierte ni ha sido demostrado de qué modo la ubicación administrativa del Instituto establecida por la ley 23.302 pudo verse afectada por la sanción de las leyes 23.696 y 23.697.

**9.-** Por otra parte, las consideraciones vertidas por el Estado Nacional al expresar agravios a fs. 439, cuando sostiene que la Convención Constituyente reunida en Santa Fe reformó la Constitución Nacional y produjo una profunda transformación en lo referente al marco normativo en que debe analizarse la cuestión "en tanto reconoce mas y mejores derechos que la ley 23302", merece una consideración especial.

**9.1.-** La Convención Nacional Constituyente reunida en 1994 en la ciudad de Santa Fe introdujo al texto constitucional normas relativas a la existencia, reconocimiento y derechos de las comunidades y pueblos indígenas.

**9.2.-** El Art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Asimismo, pone en cabeza del Congreso de la Nación regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, disponiendo que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Por último preceptúa que el Congreso deberá asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

**9.3.** Si se analiza lo dispuesto por la Constitución Nacional y las prescripciones de la ley 23302, se advertirá, sin demasiado esfuerzo que la ley 23302 participa de los mismos valores y principios fundamentales que sustentan el texto incorporado por la Convención Constituyente de 1994 a la Constitución Nacional. En este sentido no puede pasarse por alto que el Art. 1º de dicha ley prescribe: "declárese de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa, y desarrollo para una plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades".

Sin perjuicio de ello, tampoco puede dejar de reconocerse que el texto constitucional tiene una mayor amplitud de conceptos explícitos que la ley 23302. En este orden de ideas, debe mencionarse que la

preexistencia étnica y cultural de los aborígenes y de las comunidades indígenas está implícito en el párrafo transcrito del Art. 1º de la ley, como también lo está el respeto a la identidad de los pueblos y comunidades aborígenes al prescribir que la atención, apoyo, defensa, desarrollo y participación en el proceso socioeconómico y cultural debe hacerse respetando sus propios valores y modalidades.

**9.4.** Las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional es más precisa que la ley son las atinentes al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades y pueblos indígenas y a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

En el mismo orden de ideas, la Constitución Nacional establece que el Congreso deberá asegurar la participación de las comunidades y pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. En este punto, no cabe duda que existe coincidencia con los propósitos y fines de la ley 23302.

**9.5.-** Las diferencias más importantes entre lo que prescribe la Constitución Nacional y la ley 23302 se refieren a:

**1)** la personería jurídica de las comunidades. La Constitución y la ley reconocen la personería jurídica de las comunidades, pero la ley las somete a determinadas formas jurídicas;

**2)** la propiedad de la tierra. La Constitución reconoce la posesión y propiedad de las tierras comunitarias que actualmente ocupan. La ley 23302, en cambio, se refiere a la adjudicación de tierras, y coincide con la Constitución Nacional en relación a la entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano. En lo relativo a las condiciones jurídicas de la entrega y régimen de propiedad de estas tierras no hay diferencias esenciales entre lo que la Constitución Nacional dispone y lo prescripto por la ley.

**9.6.-** Podría asegurarse que con excepción de los aspectos señalados como diferentes no existe una concepción distinta en relación a los principios y valores que informan la Constitución Nacional y la ley 23302 y que las diferencias que pudieran existir no presentan ningún problema interpretativo desde que siempre prevalecerá el texto constitucional en aquellas materias en que pudieran existir diferencias entre la Constitución Nacional y la Ley.

**9.7.-** De ello se sigue, en primer lugar, que no existió una profunda transformación de los valores que sustentan el marco normativo en que debe analizarse la cuestión porque, como ya se puntualizó, lo que la Constitución Nacional explicita desde 1994 estaba explícita o implícitamente contemplado en la ley 23302.

En segundo lugar que en el plano normativo la transformación se produjo porque no es una ley del Congreso de la nación, sino la Constitución Nacional la que reconoce la preexistencia y derechos de los pueblos, comunidades e indígenas.

Desde este punto de vista y en orden a la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal, debe señalarse que parece más adecuada a la Constitución nacional la jerarquía que el **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** ostenta en la ley 23302 que el atribuido por los decretos 667/91 y 1667/91, en tanto mientras en aquella ley se crea el Instituto como un organismo descentralizado, por los derechos se lo ubica como una dependencia más de la administración pública centralizada dependiendo de una Subsecretaría de Estado.

**9.8.-** A ello cabe agregar, que lo dispuesto por los decretos 667/91 y 1667/91 no solo no se ajusta a lo previsto expresamente por el artículo 5° de la ley 23302, sino que tampoco atiende a sus fundamentos y fines. En efecto, tanto el decreto 667/91 como el decreto 1667/91 al otorgarle al **INAI** el nivel de un departamento dentro de una Dirección Nacional contrarían el objetivo perseguido por la ley 23302, cual es el de privilegiar la participación directa de las comunidades indígenas en el reconocimiento de dichas comunidades, su personería jurídica, su defensa y desarrollo. Es por ello y para ello que la ley (y el decreto reglamentario 155/89) previó los capítulos relativos a los planes a elaborar en materia de tierras, educación, previsión social, salud y vivienda, en los que se da especial intervención a las comunidades a través del ente que se crea: el **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS**. Aquellos decretos al desjerarquizar administrativamente al **INAI** impidieron el protagonismo que la ley quiso garantizar.

Si ello no se ajusta a lo dispuesto por la ley con tanta menos razón podrá ajustarse a lo dispuesto ahora por la Constitución Nacional, toda vez que frente al reconocimiento que de las comunidades y pueblos indígenas efectúa la Constitución Nacional y a las demás prescripciones del artículo 75, inciso 17 del texto constitucional aquella ubicación del Instituto desjerarquiza la participación de las comunidades y pueblos indígenas en las materias antes indicadas.

**9.9.-** En consecuencia, el cuadro conceptual y valorativo de la Constitución Nacional respecto de las comunidades, pueblos indígenas y aborígenes en nada puede modificar la solución que la juez a quo otorgó a la cuestión planteada en autos.

A mayor abundamiento, cabe agregar que dicha cuestión no se refiere a ninguno de los aspectos en los que no hay plena coincidencia entre la Constitución Nacional y la ley 23302, desde que ella se circunscribe a determinar si el Poder Ejecutivo cumplió con el mandato de la ley 23302 que le impuso crear el **INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDÍGENAS** como entidad descentralizada con participación indígena, dependiente en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social.

**9.10.-** Por lo demás, el proyecto de decreto cuyas copias obran a fs. 132/134 y 295/295 vta. de autos pone de manifiesto la preocupación del Estado Nacional por la incorrecta ubicación administrativa del instituto y la intención de revisar las estructuras aprobadas por los decretos 667/91 y 1667/91 y la adecuación de aquella ubicación a los términos de la ley 23302.-

En los considerandos del proyecto de decreto expresamente se explica que el decreto 155/89 reglamentario de la ley 23302 había conferido la jerarquía de Secretario y Subsecretario al Presidente y Vicepresidente del **INAI** y que los decretos 667/91 y 1667/91 le habrían otorgado nivel departamental y el último lo había transformado en una unidad centralizada de la Administración Pública y que era necesario rever las estructuras para otorgar al **INAI** una situación acorde con la condición de entidad descentralizada que le fuera asignada por la ley 23302 (véanse los antecedentes del decreto proyectado a fs. 289 y sgtes.)

**10.-** En consecuencia, por las consideraciones expuestas, voto para que se confirme, con costas, la sentencia apelada.

Las Dras. Garzón de Conte Grand y Herrera adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: confirmar, con costas la sentencia apelada.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JORGE HECTOR DAMARCO

MARTA HERRERA

M.I. GARZONDE CONTE GRAND

(Libro de Sentencias - Registrado al N° 6/00 F° 17 T° 1)