



SERVIVUDI  
Servicio Jurídico de Pueblos Indígenas  
del Centro Oeste de Formosa

## **El Ordenamiento Territorial en la Ley de Bosques\*** **y la Participación de las Comunidades Indígenas**

Gabriel Armando Alcaraz

Septiembre de 2008

### **1- Introducción**

1.1- La famosa Ley Bonasso, que alcanzó gran alcance mediático mientras fue proyecto, entre muchas cosas gracias a las campañas realizadas por organizaciones ambientalistas y figuras reconocidas, no escapó a las especulaciones de los grandes intereses omnipresentes que no dudaron en buscar ni tardaron en encontrar los vericuetos que les permitieron y permiten llevar a consecuencias ulteriores la degradación ambiental en el marco de la expansión de la frontera agropecuaria; ello, claro está, con la aprobación de las jurisdicciones provinciales. El *modus operandi* ha sido la autorización administrativa para desmontar en los días previos a la sanción de la ley.

1.2- Lo primero que aparece como imperioso destacar de ésta ley es la incorporación de un procedimiento participativo para la elaboración de un ordenamiento territorial de los bosques nativos.

El otro aspecto fundamental de la ley, la prohibición de desmontes por el término de un año desde la sanción, ha quedado superado por la realidad. Una realidad imposible de creer si se mira desde afuera. Parecería mentira si alguien nos dijera que los desmontes siguen como si no hubiera prohibición alguna; pero es la verdad: hasta donde nuestros sentidos nos permiten observar, los desmontes siguen aun más que antes de la vigencia de la Ley 26.331. Habrá que estarse a posteriores datos para saber cuanto se han incrementado los desmontes en el último año. Y deberá ser objeto de investigación, no solo esto, sino las autorizaciones por miles que se han otorgado durante los últimos meses del año pasado, cuando la sanción de la ley era inminente, como una habilidosa gambeta para burlar los efectos de la ley.

### **2- Algunos aspectos en la Ley 26.331**

Ahora nos proponemos analizar algunas prescripciones legales relativas a nuestro tema.

---

\* Ley 26.331, sancionada el 28/11/07, promulgada el 19/12/07 y publicada en el B.O. el 26/12/07.

Entre los variados y esenciales servicios ambientales que prestan los bosques nativos el art. 5 menciona algunos, entre ellos la defensa de la identidad cultural.

El art. 19 establece que "todo proyecto de desmonte o manejo sostenible de bosques nativos deberá reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras".

Por su parte el art. 21 dispone que "en el caso de actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores y/o comunidades campesinas relacionadas a los bosques nativos, la Autoridad de Aplicación de la jurisdicción que corresponda deberá implementar programas de asistencia técnica y financiera a efectos de propender a la sustentabilidad de tales actividades".

El art. 22 establece la obligatoriedad de la Evaluación de Impacto Ambiental para todo desmonte y para el manejo sostenible que pueda generar una serie de efectos, características o consecuencias que son descritos en varios incisos, de los que vienen al caso los inc. b) (reasantamiento de comunidades humanas, alteraciones significativas de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos) y e) (alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y en general, los pertenecientes al patrimonio cultural).

El art. 35 regula la aplicación del Fondo Nacional para el Enriquecimiento y Conservación de los Bosques Nativos, estableciendo entre otras cosas que se destinará para la implementación de programas de asistencia técnica y financiera, para propender a la sustentabilidad de actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores o comunidades indígenas o campesinas.

Por lo que se puede apreciar, mas allá del ordenamiento territorial la ley intenta generar aprovechamientos sostenibles en las zonas aptas conforme surja de la zonificación, pero además consagra el criterio ambiental amplio que incluye expresamente el elemento cultural y la valoración de la persona como componente esencia del ambiente presentes en nuestro sistema jurídico en consonancia con lo prescripto en el art. 41 de la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente.

### **3- La Ley de Bosques y el Convenio 169 OIT**

3.1- Por último, y en un anexo que forma parte de la ley, se establecen los conocidos diez Criterios de Sustentabilidad. Estos criterios, valorados conjuntamente, permiten definir el valor de conservación de los bosques nativos, a los efectos del ordenamiento territorial exigido en la ley. Entre los criterios, el último dice lo siguiente:

*Valor que las comunidades indígenas y campesinas dan a las áreas boscosas o sus áreas colindantes y el uso que puedan hacer de sus recursos naturales a los fines de su supervivencia y el mantenimiento de su cultura.*

*En el caso de las comunidades indígenas y dentro del marco de la ley 26.160, se deberá actuar de acuerdo a lo establecido en la ley 24.071, ratificatoria del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

*Caracterizar su condición étnica, evaluar el tipo de uso del espacio que realizan, la situación de tenencia de la tierra en que habitan y establecer su proyección futura de uso será necesario para evaluar la relevancia de la continuidad de ciertos sectores de bosque y generar un plan de acciones estratégicas que permitan solucionar o al*

*menos que permita mitigar los problemas que pudieran ser detectados en el mediano plazo.*

3.2- El último párrafo de la norma establece algunos aspectos a tener en cuenta en la elaboración del procedimiento participativo conforme Convenio 169 OIT exigido en el párrafo que le precede.

Pensamos que este criterio es fundamental para la protección de la vida y la cultura de los pueblos originarios; pero además, junto a los otros criterios, es posible realizar una ponderación que proteja los bosques para toda la comunidad humana, con una activa participación de ella, como destinataria que es de los servicios que presta el bosque.

Por expresa remisión de la Ley 26.331, al momento de realizarse el ordenamiento territorial de los bosques nativos y definirse los valores de conservación deberá actuarse conforme al Convenio 169 OIT. Aunque el Convenio tiene entidad suficiente que lo hace perfectamente operativo y aplicable en nuestro derecho, su mención en la ley citada refuerza la necesidad de su estricta observación en el caso.

Por todo ello:

- Para la elaboración, a través de un procedimiento participativo, del ordenamiento de los bosques nativos, deberá observarse en lo que respecta a los pueblos indígenas el Convenio 169 OIT;
- No sólo porque se encuentra vigente en nuestro derecho resultando plenamente aplicable al caso;
- Sino que además la propia ley que exige el ordenamiento impone su aplicación.

3.3- Entre las distintas disposiciones de éste instrumento es importante destacar por su relación con el tema los artículos 6,7, 13 y 14:

**Artículo 6.**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) 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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por los 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;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

**Artículo 7.**

1. **Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.**

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

#### **Artículo 13.**

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, **los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios**, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

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

#### **Artículo 14.**

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, **deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos**, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

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

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

En consonancia con lo comentado recientemente, la Constitución de Formosa en su art. 38 estatuye que todos los habitantes tienen derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana, así como el deber de conservarlo.

Para garantizar este derecho, se establece un marco mínimo ambiental, para lo cual deberán dictarse normas que aseguren, entre otras cosas, **la compatibilidad de la planificación económica, social y urbanística con la protección de los valores naturales y culturales.**

Siguiendo nuestro tema, la Constitución Nacional consagra en sus artículos 41 y 43 lo referente a la defensa del ambiente y la vía del amparo colectivo para la protección de los intereses difusos. Y el art. 75 inc. 17 lo pertinente a la participación de los pueblos indígenas en la gestión de los intereses que los afecten, similar norma a la del art. 79 de la Constitución formoseña. No nos extenderemos al respecto pero diremos que conforme la jurisprudencia reciente estos preceptos son plenamente aplicables y la vía de amparo es procedente para impugnar los actos legislativos o administrativos contraventores de ellos.

La Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental 25.675 (Ley General del Ambiente) hace referencia a la participación ciudadana en los procesos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio.

## **4- Jurisprudencia**

4.1- Existe un precedente importante de la justicia chaqueña que hace lugar a la Acción de Amparo colectiva de intereses difusos impetrada por las comunidades indígenas Asociación Comunitaria de Nueva Pompeya, Asociación Comunitaria de Comandancia Frías y Asociación Comunitaria Nueva Población contra la Provincia Del Chaco, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley de bosques provincial 5285 por afectarse el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y sustentable y adecuado para el desarrollo humano, el derecho a la participación de todos los habitantes en general y especialmente el de los pueblos aborígenes en las decisiones y gestiones públicas, derecho a la identidad, a la alimentación y a la salud por afectación de la biodiversidad, por no haberse observado el procedimiento participativo exigido por las Constituciones Nacional y Provincial y por el Convenio 169 OIT.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo promovida por las tres asociaciones aborígenes y en consecuencia declaró la inconstitucionalidad de la ley 5285 y decreto reglamentario dictado en su consecuencia, e hizo saber a las autoridades provinciales que cualquier normativa que se dicte en su reemplazo, deberá ajustarse a las prescripciones constitucionales en punto a la participación de los pueblos indígenas afectados y de los distintos sectores y agentes sociales involucrados, ordenando se dé cumplimiento a lo prescripto en el art. 38 de la Constitución Provincial y disponiendo asimismo la inmediata realización de una evaluación de los impactos ambientales ya ocasionados por la destrucción del monte chaqueño y acerca del impacto ambiental y social en relación a las actividades futuras de continuarse con el ritmo de afectación del bosque y suelos. La ley 5285 fue sancionada sin las necesarias consultas, investigaciones y debates sobre la política ambiental necesarios por la dimensión de las cuestiones deducidas y la situación grave del bosque chaqueño, hechos públicos y notorios denunciados en distintos ámbitos y foros que las autoridades no podían desconocer.

La Cámara Contencioso-Administrativo y el Superior Tribunal de Justicia han confirmado este fallo.

4.2- La CSJN ha dicho en el caso trascendental *Comunidad Indígena del Pueblos Wichí Hoktek Toi c/ Secretaría de Desarrollo Sustentable* que resulta procedente la vía del amparo para obtener la protección ambiental ante daños al ambiente provocados por la actividad autorizada administrativamente (mediante actos cuestionados) consistentes, entre otros, en la eliminación de bosques a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debido a la erosión y salinización del suelo); y la afectación de varias hectáreas colindantes con el desplazamiento de la comunidad indígena- donde también viven algunos de sus miembros-, en las que además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus miembros. A fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetados los procedimientos exigidos por la legislación nacional o provincial.

## **6- Conclusiones**

Para realizar en el OT exigido por la ley, *a través de un procedimiento participativo*, deberán tenerse en cuenta al menos los siguientes puntos:

- El gobierno deberá consultar a los pueblos indígenas, *mediante procedimientos apropiados* y en particular a través de sus instituciones representativas al momento de definirse el OT de los bosques nativos pues constituye una medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente.

- Deberán establecerse los medios a través de los cuales los pueblos puedan *participar libremente*.

- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

- Deberá promoverse la activa participación en lo que respecta a los planes de desarrollo previstos que puedan afectarlos.

- Deberán tenerse en cuenta además los instrumentos legales provinciales (Constitución Provincial, Ley 426, Ley 1.060, etc.), nacionales (Constitución Nacional, Ley 25.675, Ley 25.463, Ley 25.831 de Presupuestos Mínimos de Acceso a la Información Pública Ambiental, Ley 22.421, Ley 22.428 y otros), e internacionales (Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio sobre Diversidad Biológica, Declaración de Río, etc.) pertinentes.

- Deberá tenerse en cuenta que, según la doctrina mayoritaria y el criterio de la CSJN, los gobiernos no pueden incumplir los tratados o convenios (en este caso el Convenio 169 OIT) alegando obstáculos en su derecho interno.

- Como aspecto a tener en cuenta con respecto al procedimiento participativo previsto en los artículos 19 a 21 de la Ley General del Ambiente 25.675, podemos destacar que en ella la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública. Pero además la participación ciudadana deberá asegurarse en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

Aunque la participación ciudadana en lo que respecta al ambiente es alentadora y positiva, esta metodología a través de audiencias públicas no vinculantes no puede ser utilizada en lo que respecta a la participación de las comunidades indígenas pues, como ya hemos dicho, el procedimiento en estos casos es distinto y las disposiciones de la instrumentación legal correspondiente son claras al afirmar que las consultas que se realicen a los pueblos interesados deberán hacerse mediante procedimientos apropiados, deberán ejecutarse de buena fe **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**

Además los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. **Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas** (Cf. *Convenio 169 OIT arts. 6 y 7 transcriptos*).

- Los últimos fallos son alentadores en el sentido que dejan en claro que las disposiciones constitucionales nacional y provincial, como así también el Convenio 169 son de cumplimiento necesario y la vía del amparo colectivo es idónea para demandar la inconstitucionalidad o nulidad de los actos violatorios.

Por todo ello pensamos que es necesario observar los procedimientos participativos exigidos por el sistema democrático, por la Ley General del Ambiente 25.675 (con la salvedad mencionada), la Ley de Bosques 26.331 y el Convenio 169 OIT, los que deberán ser de *buena fe y de manera apropiada a las circunstancias*.

Y las circunstancias hablan de una definición que involucra el espacio en el que los pueblos indígenas de nuestra provincia desarrollan su vida y su cultura.-

\*\*\*

#### **Bibliografía**

-“Convenio 169 de la OIT Comentado y anotado”. Juan Manuel Salgado. Universidad Nacional del Comahue.

“Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Un Manual”. Publicación de la OIT

-“Derecho Ambiental. Su actualidad de cara al tercer milenio”. Eduardo Pablo Jiménez (coordinador). Editorial Ediar.

-“Derecho Ambiental y Pueblos Indígenas”. Monografía para Curso de Posgrado en Derecho Ambiental, UNNE. Gabriel Armando Alcaraz.