Esquel, de junio de 2011.-

------**VISTO:**----------

------El recurso de apelación interpuesto a fs. 205/211 por los letrados M. y K. en representación de las Comunidades Mapuches C. y M. C. contra la resolución de fs. 198/199, de fecha 11 de mayo de 2011; y----------

------**CONSIDERANDO:**----------

------A fs. 195/197 vta., los amparistas presentan un escrito titulado *"Precisan Objeto-Solicitan se Recaratule"* donde aclaran que el objeto de la acción es: 1) Se ordene a la DGB y P se abstenga de dictar medidas que afecten los recursos naturales de la comunidad sin previo cumplimiento del protocolo de consultas al que refieren los arts. 6 y 7 del Convenio OIT nº169; 2) se declare el libre ejercicio de los derechos de la comunidad sobre los recursos naturales existentes en su territorio; 3) se garantice a la comunidad mapuche el derecho a participar en la gestión de los recursos naturales. Además solicitan se dicte en forma cautelar una de las medidas especiales contempladas en el art. 4 Convenio OIT nº 169, permitiéndoseles el libre uso y disposición de los recursos naturales existentes en su territorio y obligando a la DPByP a que se les extienda las guías para aprovechamiento de madera y leña, entregándoseles la documentación necesaria para apear, cortar y transportar la totalidad de productos y subproductos madereros.----------

------A fs. 198/199 el Sr. Juez de la anterior instancia dicta la resolución del 11 de mayo de 2008. Comienza por explicar que las medidas cautelares tienen carácter restrictivo. Advierte que la medida solicitada por los actores tiene la finalidad de suspender, en el caso concreto, la actividad estatal de la DGByP como administradora provincial de los recursos naturales, pero no logran acreditar ni tan siquiera someramente la arbitrariedad del acto administrativo que impugna.

Entiende también el Sr. Juez a quo que en el caso no se demostró ni la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora.----------

------Contra el citado decisorio se alzan los amparistas. Dicen que el Sr. Juez de la anterior instancia *"ignora como se ha transformado el derecho indígena"*, aducen que *"El estado no ha implementado adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas"*, cita doctrina y concluye en que, tratándose de derechos indígenas, no existe el principio de legitimidad de los actos de gobierno, porque el Estado está en falta ante esos pueblos.----------

------Sostienen que las medidas del art. 4.1 de la resolución 169 OIT son medidas especiales y no medidas cautelares como erróneamente las habría calificado el a quo, agregando que ello *"desnuda el desconocimiento que existe en la magistratura"*.----------

------Entienden que el peligro en la demora fue suficientemente explicado en su presentación originaria y resultó acreditado con las pruebas rendidas en autos. Sostienen que al privárselos del derecho a explotar los recursos forestales, condenan a los integrantes de la comunidad a migrar y a buscar estrategias de supervivencias extraprediales impidiendo el desarrollo de su cultura e impactando con la especial relación que tienen con la tierra.----------

-----También sostienen que se ha probado acabadamente la verosimilitud del derecho pues ella surgiría del carácter ancestral de las tierras, así como también el derecho de los pueblos originarios a la libre determinación, autonomía, desarrollo económico y administración de los propios recursos.----------

------Denuncian como hechos nuevos la res. n° 1241 de la Municipalidad de Lago Puelo que reconoce la legitimidad de la posesión ancestral; un informe del ETI y un subsidio que les habría otorgado el gobierno nacional para la compra de aserradero portátil. Además piden se libren oficios para que se agregue documental y se soliciten informes.----------

------Debemos comenzar diciendo que la expresión de agravios, para ser tal, ha de constituir una crítica detallada, razonada, lógica y

coherente de los argumentos sentenciales. El escrito de fs. 205/211 yuxtapone azarosamente distintos argumentos, citas y transcripciones que apenas logran oblicuamente rozar los fundamentos en que el a quo basó su decisorio y a pesar de una aparente erudición se inclinan peligrosamente hacia la deserción. Sólo el criterio amplio que viene sosteniendo este Tribunal impide el rechazo in limine de tal escrito y nos mueve a su consideración.----------

------Los hechos nuevos invocados ni son tales, ni guardan relación con la apelación. En realidad constituyen una ampliación de demanda lo cual surge prístino de la primera frase con que los amparistas encabezan el item, en tanto que reza *"Atento no haberse corrido traslado a la parte demandada..."* Por otro lado, el hecho de que la Municipalidad de Lago Puelo reconozca la posesión de tierras, que el Equipo Técnico Operativo esté realizando trabajos de campo en los territorios de las comunidades amparistas, o que se hubiera otorgado un subsidio a todas las comunidades mapuches del paralelo 42, no influyen en la decisión del presente recurso. Por lo expuesto los supuestos "hechos nuevos" no han de ser tratados en esta instancia.----

------La invocación de prueba documental en poder de terceros fue realizada en subsidio de que la demandada negara los hechos relatados en la demanda, razón por la cual tampoco guardan relación con el presente recurso.----------

------En cuanto a la pretensión de que se produzca nueva prueba en la Alzada, no registrándose ninguno de los supuestos previstos en el art. 263 del C.P.C. y C. no corresponde hacer a lugar.----------

------Se quejan los amparistas que el a quo haya calificado su pretensión como medidas cautelares. Sostienen que son "medidas especiales de salvaguarda", derivadas del art. 4.1 res. OIT nº 169, aducen que ellas *"pueden incluir a las medidas cautelares de los procedimientos civiles, penales, administrativos pero son mas amplias que estas..."*.----------

------De la confusa redacción recursiva parecería desprenderse que para los amparistas, las medidas especiales del art. 4. Convenio OIT nº

169, serían especies de cautelares con requisitos más laxos. Se equivocan rotundamente. Las medidas especiales a las que se refiere el art. 4 del Convenio OIT 169 constituyen lo que cierta doctrina llama discriminación inversa o, mas correctamente, acciones positivas, respecto a las cuales se han intentado distintas definiciones: el Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa dice que son *"estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades a través de medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales"*. La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles entiende por acción positiva *"Cualquier medida mas allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro"* (Conf. Cit de Berrere Unzueta, María de los Ángeles *"Acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión" en Jornadas sobre "Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres";* Palacio de Congresos Europa; Victoria –Gasteiz, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002). José Ignacio Casas la define como *"el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios"* (Casas, José Ignacio *"Guía didáctica"*. Ministerio de Asuntos Sociales -Instituto de la Mujer-. Madrid, sin fecha, pág. A2 y A5). Para Navarro Barahona son aquellos *"programas, medidas o mecanismos que se diseñan para lograr la igualdad real de los grupos que han sido históricamente desaventajados"* (Navarro Barahona, Laura *"Acción positiva y principio de igualdad"* Revista de Ciencias Jurídicas Nº 112). Cualquiera sea la definición adoptada, lo cierto es que el art. 4 Convenio OIT 169 refiere a aquellas medidas encaminadas a eliminar el nivel de exclusión social o aumentar la participación de individuos pertenecientes a grupos tradicionalmente excluidos allí donde se encuentren infra representados para lograr la igualdad real de

grupos o personas tradicionalmente desaventajados. Este tipo de acciones, excepcionalísimas por naturaleza, ya que implican una alteración del principio de igualdad de todos los ciudadanos, solo justificada por el relego en que se encuentran ciertos grupos, son atribución del Congreso Nacional (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional). Es contradictoria la jurisprudencia respecto a si tales medidas pueden ser impuestas por vía jurisdiccional frente a la ausencia de una ley expresa, cuestión respecto a la cual no nos expediremos por ser ajena al presente recurso.----------

------Lo cierto es que las medidas de acción positiva o discriminación inversa pueden peticionarse como pretensión de fondo o como pretensión cautelar. Es claro que los amparistas pretendieron que la acción positiva (o medidas especiales como las llaman siguiendo el texto del art. 4º Convenio OIT 169), sea tratada como medida cautelar pues dicen *"Ello hace procedente la apertura de la instancia intentada y el despacho de la* ***medida cautelar*** *solicitada excepcionalmente*" (fs. 197, parr. 7º, sin resaltar en el original). Es decir que lejos de *"desnudar el desconocimiento que existe en la magistratura"* fue el supino desconocimiento de los letrados de la actor, acerca de la naturaleza de la medida peticionada, lo que los indujo al yerro, con el agravante de incurrir en una notoria contradicción, pues expresamente piden que sea tratada como medida cautelar para después agraviarse de que se les hubiera concedido tal tratamiento.----------

------Lo cierto es que, habiendo sido interpuesta en forma cautelar la pretensión de que se autorice a la actora a disponer libremente de los recursos del bosque, ella debe cumplir al menos con los requisitos exigidos por el art. 232 del CPC y C para este tipo de medidas, sin que el art. 4 del Convenio OIT 169 implique, bajo ningún punto de vista, una exoneración de tal deber.----------

------Vamos a analizar ahora si tales requisitos resultaron cumplidos en autos.----------

------La verosimilitud del derecho:----------

------En su muy escueta expresión de agravios, los recurrentes entienden acreditada la verosimilitud del derecho, en el hecho de que la comunidad accionante tiene reconocimiento de tal y que los predios poseídos tienen carácter ancestral. Se equivocan. El hecho de que un territorio sea ancestralmente ocupado por una comunidad no otorga sin más el derecho de dicha comunidad a transgredir normas ni disposiciones que regulan el derecho de propiedad para todos los habitantes de la Provincia de Chubut, pues los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y Provincial, son relativos, es decir que se gozan sólo conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, salvo que tal reglamentación altere la sustancia del derecho subjetivo reconocido. Los amparistas debieron probar que las disposiciones contra las que se alzan implican desnaturalización del derecho de propiedad indígena y nada de ello hicieron, amparándose exclusivamente en el carácter ancestral del territorio como si ello implicara un derecho de propiedad absoluto excluido de las leyes provinciales y nacionales. Bueno es recordarlo: autonomía y libre disposición no son sinónimos de soberanía.----------

------Mención aparte merece la pretensión de los recurrentes de que, a su respecto, no rige la presunción de legalidad de los actos de gobiernos. El argumento para tan original criterio es que *"la alusión del a quo al principio de legalidad de los actos del Estado, cuando son justamente los actos del Estado los que están en falta hacia estos Pueblos, parecería un desvío poco feliz en el razonamiento y marco jurídico que rige hoy la materia"*. Esto es un ejemplo de argumento tautológico y equivale a afirmar dogmáticamente que los actos del Estado son ilegítimos por que si, o por que al recurrente le parece así, sin ningún otro tipo de sustento. La invocación genérica de que el Estado Argentino esté en mora respecto a los pueblos originarios, cuestión sobre la cual no nos expediremos por no ser objeto del presente recurso, no es suficiente para concluir en que la falta de autorización por parte de DGByP sea automáticamente ilegítima. Lo contrario implicaría afirmar que cuando el Estado entra en mora en un

caso concreto perderían legitimidad, por ese sólo hecho, todos su actos de gobierno. Absurdo.----------

------Asiste razón al Sr. Juez a quo cuando dice que los amparistas debieron acreditar aunque mas no sea someramente la ilegitimidad de la disposición de la DGByP que les impide proceder a explotar su bosque y no lo hicieron. Asiste también razón al Sr. Juez a quo en cuanto sostiene que los recurrentes no acreditaron la verosimilitud de su derecho. El agravio en cuestión debe ser rechazado.----------

------Peligro en la demora:----------

------Los recurrentes pretenden haber probado el peligro en la demora, acreditando la situación de necesidad económica en que se encuentran. No es a ello a lo que alude la ley. El peligro que se erige como requisito para la procedencia de las medidas cautelares es que, al momento de dictar sentencia, los derechos invocados resulten desbaratados, tornando abstracta a esta. En concreto, los recurrentes debían demostrar que la autorización a disponer libremente de los bosques, carecería de efectividad si se esperaba el dictado de la sentencia y no lo lograron.----------

------Además, las carencias económicas de una persona o grupo de personas no autorizan a arrasar sin más con el orden público, uno de cuyos aspectos es el cuidado medioambiental, función encomendada concurrentemente a la DGByP.----------

--------Por último, si bien se ha acreditado el estado de carencia económica de la comunidad amparista, no se demostró que la única salida para tal situación sea la explotación indiscriminada de los bosques ubicados en sus tierras, ni que ello los obligue automáticamente a “estrategias extraprediales de subsistencia”.---------

------Lo dicho nos lleva a coincidir con lo dispuesto por el Sr. Juez a quo y a rechazar, consecuentemente, el agravio en cuestión.----------

------Resta referirnos a las costas de la presente instancia las cuales deberán ser soportadas por los recurrentes vencidos en virtud del principio objetivo de la derrota, sustentados por el art. 17 de la Ley V N° 84 del DJP.----------

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ----------

----------R E S U E L V E----------

------**1°) RECHAZAR** las pretensiones contenidas en la pieza de agravios de fs. 205/211.----------

------**2º) CONFIRMAR** en todos sus términos la resolución de fecha 11 de mayo del corriente año, obrante a fs. 198/199 objeto de apelación.----------

------**3°) IMPONER** las costas de esta Instancia a los recurrentes vencidos (art. 17 Ley V Nº 84 DJP).----------

------**4º**) **REGULAR** los honorarios de los Dres. F. K. y E. M., en conjunto y proporción de ley, en la suma de $150, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (arts. 35, 32 y 13 Ley XIII Nº 4 DJP).----------

------**5°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V Nº 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y encontrarse en uso de licencia el Dr. Jorge Luis Früchtenicht.----------

CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS **GÜNTHER E. FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2011. CONSTE.