



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

DEVUELVE EXPEDIENTE. PRESENTA DICTAMEN TÉCNICO
JURÍDICO.

A LOS SRES. JUECES DE LA CÁMARA NACIONAL DE
APELACIONES EN LO COMERCIAL:

Dr. SEBASTIÁN ERNESTO TEDESCHI, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación en mi carácter de Coordinador del Programa sobre Diversidad Cultural (Conf. Res. DGN N^a 905/2016), en el expediente [REDACTED] caratulada “Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero contra Previsión del Hogar Sociedad Cooperativa de Seg. LTDA. sobre Otros – Liquidación judicial s/Incidente de Tercería de Dominio por la Defensoría del Pueblo”, actualmente radicada en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial –Sala E-, me presento ante VVEE y respetuosamente digo:

I.

Que vengo a hacer devolución del expediente y a tomar intervención en el presente proceso judicial, a los fines de la remisión ordenada con el proveído de fecha 28 de agosto de 2018.

En tal sentido, a continuación, desarrollo una opinión técnica jurídica con argumentaciones de pertinencia y utilidad respecto de asuntos que, tras haber tomado conocimiento de las actuaciones labradas en el expediente, estimo de especial relevancia para la toma de decisiones en el caso, con base en la

competencia específica del programa que coordino; tales como la caracterización del sujeto colectivo de derecho involucrado, la regulación normativa que le atañe como tal, el derecho a la posesión y propiedad ancestral y de la ocupación tradicional del territorio comunitario, de la prohibición de desalojos contra comunidades, del acceso a la justicia culturalmente adecuado, de la condición de sujeto colectivo de derecho del accionante y del derecho a la participación, consulta y consentimiento en relación a los asuntos que le afecta a la comunidad.

II.

1. El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Presentación

El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, fue creado en el año 2008 mediante la resolución DGN 1290/2008, en el marco de los diferentes programas y comisiones del Ministerio Público de la Defensa que buscan facilitar el acceso a la justicia de diversos sectores de la población que se encuentran en condición de vulnerabilidad, con el objetivo principal de promover acciones orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural. En virtud de las necesidades funcionales y los obstáculos en el acceso a la justicia, el Programa sobre Diversidad Cultural da prioridad a las actividades relacionadas con la defensa y protección de los derechos de los pueblos originarios, especialmente en consideración que, a partir de la incorporación del artículo 75 inc. 17 a la Constitución Nacional, se configuró un nuevo modelo de protección de los derechos de los pueblos



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

indígenas y de la diversidad cultural étnica, circunstancia que demanda la adopción de medidas especiales para garantizar su pleno ejercicio.

De este modo, el Programa tiene como principal objetivo promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, brindando apoyo a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, en coordinación con otros programas y comisiones de la Defensoría General, e integrando a otras instituciones nacionales e internacionales vinculadas con la problemática.

En este sentido, las respuestas estatales tendientes a la solución del conflicto generado por la insuficiente protección real del derecho a la posesión y propiedad de comunidades indígenas y campesinas, deben ser enmarcadas en las definiciones y obligaciones existentes y exigibles al país, provenientes del conjunto formado por los mandatos de la Constitución Nacional, el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes nacionales, con pleno respeto a la diversidad cultural. De esta manera, la adecuación cultural del proceso judicial y las decisiones que se adopten sobre el trámite y el fondo de las cuestiones planteadas, deben considerar con especial atención tanto, por un lado, la particularidad étnica, como, por el otro, la situación de especial vulnerabilidad de las comunidades indígenas y campesinas derivada de la falta de eficacia en la protección de sus derechos al territorio de ocupación tradicional.

2. ¿Qué son las comunidades indígenas y campesinas?

En primer lugar, corresponde realizar precisiones conceptuales acerca del grupo social peticionante y su condición de sujeto de derecho, para poner de manifiesto la existencia de un conjunto de derechos y obligaciones, de acuerdo a la regulación normativa específica que corresponda.

De este modo, de acuerdo a lo planteado en autos, es posible encuadrar al grupo social cuyo patrocinio jurídico presenta la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero, dentro de la categoría de una comunidad campesina e indígena. Esta se trata de un grupo social con características socioculturales específicas que requieren ser tenidas en cuenta por parte de los operadores estatales, tanto los del sistema de administración de justicia como los de la administración pública; entre las cuales, podemos enunciar los siguientes. Su condición de sujeto colectivo con base en el fuerte lazo comunitario consolidado a lo largo del tiempo por usos y costumbres y de tradiciones.

El vínculo especial que la comunidad campesina tiene con la tierra, tanto por formar una unidad agrícola de economía sencilla de subsistencia, como por estar allí asentado desde tiempos antiguos, no siempre bien precisado en una línea histórica, pero que fue el lugar donde sus antepasados desarrollaron sus vidas; así, la comunidad se enlaza también en vínculos de parentescos. Además, el vínculo se expande más allá de lo meramente material e involucra a la totalidad del hábitat entendido como espacio de producción social y cultural dotado de significado simbólico, histórico, religioso y colectivo. La situación de vulnerabilidad que se encuentran por estar alejados geográficamente de los centros urbanos donde se brindan los servicios públicos más importantes,



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

como la salud, educación, transporte e incluso de la administración de justicia, por estar en los márgenes del modelo de desarrollo económico y de acceso al circuito de comercialización, así como por estar ocultas sus problemáticas, dificultades y reclamos por mejores condiciones de vida. Este contexto discriminación histórica y estructural, y situación de especial vulnerabilidad, torna a las comunidades campesinas e indígenas de difícil aprehensión conceptual para el sistema de la administración de justicia. La cuestión del campo argentino quedó ligada en forma estereotipada al proceso socioeconómico de la región de la pampa húmeda, eje del modelo agroexportador predominante, excluyendo de la mirada a las pequeñas unidades campesinas existentes en el resto de las regiones del interior del país, como el caso de la zona chaqueña y, en particular, Santiago del Estero.

Sobre la existencia de cierto rechazo a reconocer la presencia de comunidades campesinas e indígenas en la Argentina, hay producciones académicas en el ámbito de las ciencias sociales que nos ilustran, como cuando se señala:

“Como esas noticias que llegan tarde porque nadie las cree ciertas, nos hacemos eco de aquellas que indican que hay campesinos en la Argentina. En distintas provincias se encuentran poblaciones que se reconocen como campesinas. Y por su lado, otro tanto se reconoce también como indígenas; es decir, campesinos que a la vez se presentan como parte de algún pueblo originario. Este proceso

identitario lo observamos en el marco de una creciente conflictualidad por la tierra”¹.

Otra definición a considerar es la que aporta el Foro Nacional de la Agricultura Familiar, que precisa a la agricultura familiar como una *“forma de vida”* y *“una cuestión cultural”*, con el principal objetivo de la *“reproducción social de la familia en condiciones dignas”*, *“donde la gestión de la unidad productiva y las inversiones en ella realizadas es hecha por individuos que mantienen entre sí lazos de familia, la mayor parte del trabajo es aportada por los miembros de la familia, la propiedad de los medios de producción (aunque no siempre de la tierra) pertenece a la familia, y es en su interior que se realiza la transmisión de valores, prácticas y experiencias. Incluimos en esta definición genérica y heterogénea distintos conceptos que se han usado o se usan en diferentes momentos, como son: Pequeño Productor, Minifundista, Campesino, Chacarero, Colono, Productor familiar, y en nuestro caso también los campesinos sin tierra, los trabajadores rurales y las comunidades de pueblos originarios”².*

¹ “La ausencia campesina en la Argentina como producción científica y enfoque de intervención”, de Pablo Barbetta, Diego Domínguez y Pablo Sabatino, Grupo de Estudios sobre Ecología Política, Comunidades y Derechos. Instituto de Investigaciones, Gino Germani. Universidad de Buenos Aires. En “Mundo Agrario”, vol. 13, n° 25, segundo semestre de 2012, disponible en <http://www.mundoagrario.unlp.edu.ar/>, de la Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.

² Documento Base del FoNAF para implementar las políticas públicas del sector de la Agricultura Familiar, FORO NACIONAL DE LA AGRICULTURA FAMILIAR del 3, 4 y 5 de mayo de 2006 Mendoza, Argentina. Disponible en <https://www.agroindustria.gob.ar/>



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

En el mismo sentido también se ha precisado que *“un campesino es un habitante rural dedicado a la producción agropecuaria y cuya subsistencia alimentaria depende fundamentalmente de los que él mismo produce”*, inmerso en una economía doméstica dentro de una unidad familiar, con una utilización de superficies pequeñas, sin capacidad ni intención de acumular ganancias capitalistas aunque eventualmente comercializa o intercambia, cuyo principal objetivo es la reproducción del grupo familiar. El campesino tiene varias ocupaciones en el medio rural a la vez que productor agrícola, como cría de animales, recolector de frutos y plantas, productor de artesanías y, en ocasiones temporales, combina la actividad agrícola con algún trabajo asalariado en condiciones de alta precariedad (vg. la zafra)³.

Los pueblos indígenas son aquellas comunidades que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización española y que conservan, de alguna manera de acuerdo al proceso de intercambio y mestizaje, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. En este sentido, el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define a los pueblos indígenas como *“pueblos en países independientes”* que descienden *“de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del*

³ Agustina Desalvo (2009). Historia del Movimiento. Campesino. Santiago del Estero (MOCASE). XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires Disponible en el sitio <http://cdsa.academica.org>.

establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” (Parte I, artículo 1) Y añade: “la conciencia de su identidad indígena o tribal [su auto-identificación] deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

Para la identificación de la población de los pueblos indígenas en el Censo 2001 y su encuesta complementaria, el INDEC combinó los criterios de autoidentificación y de ascendencia indígena. El primero se basa en la consideración que la persona tiene de sí misma, mientras que el segundo criterio consiste en la identificación de la pertenencia étnica de los antepasados. El último censo indagó en una misma pregunta los dos criterios: pertenencia y/o descendencia de un pueblo indígena de, al menos, una persona del hogar.

De esta definición de la identidad indígena, se advierte la superposición conceptual con la identidad campesina, en tanto que se tratan de complementarias en el marco de un mismo proceso histórico en contextos de ruralidad. En síntesis, la diferenciación entre campesino e indígena es semántica, toda vez que los conceptos confluyen alrededor de un mismo tipo social. En efecto, se trata de un mismo sujeto social e histórico, muy variable de acuerdo a cada región, enfocado desde perspectivas diferentes, aunque claramente complementarias, como actor agrario es un



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

campesino, como actor político y cultural es un indígena⁴. Esto así, sin dejar de considerar que no todos los indígenas son campesinos (recolectores y urbanos para hablar de dos situaciones diversas), ni todos los campesinos se auto adscriben como indígenas (caso de migrantes y criollos autóctonos sin memoria). La identidad campesina se vincula con la actividad agraria como medio de subsistencia, mientras que la indígena lo hace con la cultural y política; en ocasiones, se combinan las peticiones a las autoridades estatales desde ambas identidades, según corresponda, sea para programas rurales y de asistencias, sea para obtener el reconocimiento del derecho al territorio. En ocasiones la perspectiva económica y social se prioriza por sobre la etnográfica, y otras es a la inversa, pero lejos de ser excluyentes, las identidades se complementan como expresiones de un mismo actor social, la comunidad en el medio rural.

De esta manera, de acuerdo a las constancias reunidas en el expediente, se verifican determinadas prácticas y usos y costumbres comunitarias que son propias de este grupo social y que denotan al mismo tiempo una raíz indígena, sea por su contenido, el carácter colectivo y el vínculo con el territorio, como por la ancestralidad que denotan. Entre ellas, las que surgen del “Informe técnico realizado por la Subsecretaría de agricultura Familiar, Delegación Santiago del Estero del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca”, de fecha 14 de abril de 2011, agregado a fojas 95/105.

⁴ “El alto Bermejo, realidades y conflictos”, de Carlos Reboratti, Ed. La Colmena, Buenos Aires, 2009, pags. 17 y ss..

De acuerdo a este informe, las familias campesinas indígenas se dedican a una producción de tipo familiar, cooperativa y de subsistencia, compuesta por 16 familias con un total aproximado de 120 personas entre ellos niños, quienes se reconocen poseedoras por medio de una ocupación tradicional y ancestral. Cuentan en el territorio con depósitos de agua, corrales, represas y cercos; se dedican a la cría de cabras, aves, cuidan vacas, colmenas, yeguarizos, burros, cerdos y ovejas (fs. 96). También la comunidad realiza otras actividades productivas orientadas al autoconsumo, como la siembra de maíz, sandía y melón.

De forma colectiva organizan las 500 hectáreas de lo que llaman “campo comunero”, donde llevan sus animales a pastar. Cabe destacar, que la administración de una zona común de forma comunitaria es una práctica antiquísima probablemente heredada (fs. 97).

Asimismo, en relación a la presencia del grupo comunitario en el lugar, se destaca que la denominación Tipiro como pueblo indígena ancestral consta en un registro de mensura del Departamento Topográfico del año 1898 (cfr. fs. 161), en el que se hace referencia al pedido de otorgamiento de una merced del año 1717. Resulta relevante para tener por acreditada la ancestralidad de la presencia indígena y campesina en la zona, considerar que bajo el término “Tipiro”, se hace referencia al antiguo poblamiento que los colonizadores encontraron en el territorio santiagueño.

3. ¿Cuál es la regulación normativa específica vigente en la Argentina para este grupo social?



*Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación*

La perspectiva jurídica acerca de este grupo social lo coloca como sujeto de derecho, de acuerdo a un conjunto de normas provenientes de la Constitución Nacional, el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes nacionales. Este conjunto de normas es de relevancia para dirimir los conflictos que en los tribunales se susciten y los tengan como parte.

El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional dispone: *"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."* Y el art. 75 inc. 19, el deber de proveer a "la identidad y pluralidad cultural".

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, es una convención adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (C. 169 OIT) en 1989, y que en nuestro país tiene jerarquía de supra legalidad, en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En el C. 169 OIT se establece la siguiente distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas a la vez que se subraya la importancia de la conciencia de la identidad indígena: 1. a) Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan

de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha destacado que el principal es el criterio de conciencia de la propia identidad indígena, al que se suman los que propone José Martínez Cobo en su "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", como la continuidad histórica, la singularidad, el carácter no dominante y la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas añade a esto el vínculo fuerte con el territorio y los recursos naturales circundantes⁵.

⁵ LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS Folleto informativo N° 9/Rev.2, 2013, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

De esta manera, los grupos rurales y comunidades campesinas pueden ser encuadrados jurídicamente en los términos del C. 169 OIT, como pueblos indígenas o tribales, según corresponda, con base en el especial vínculo que tienen con la tierra, las relaciones culturales y económicas que mantienen al interior de la unidad comunitaria, así como los usos y costumbres que operan como lazos sociales, culturales y simbólicos entre sus integrantes.

El Convenio 169 de la OIT consagra y regula la posesión y propiedad indígena, con estatus suprallegal en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, como se señaló. La conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, está protegida por el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶.

También, corresponde poner de resalto el artículo 18 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que dispone “las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictaminado que las disposiciones contenidas en el párrafo 17 del artículo 75 de la Constitución tienen carácter operativo y hacen efectivos los

⁶ Corte IDH en Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 73.61 a 73.74, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párr. 147.

derechos contenidos en ese artículo aún en la ausencia de leyes nacionales o provinciales específicas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s. amparo, recurso de apelación (8 septiembre 2003).

En relación a la cultura de los miembros de las comunidades indígenas, en el caso “Eben Ezer”⁷, la Corte expresó “tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [Y]. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁷ C. 2124. XLI. Recurso de hecho. Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros).

Los arts. 1 y 2 y 7 a 8 de la ley 23302, que prevén el acceso a la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y en su art. 7, la adjudicación en propiedades de tierras “según las modalidades propias de cada comunidad”, así como el supuesto de que la adjudicación de tierras “podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares”.

También, por la ley 26160, cuya finalidad es brindar protección a la ocupación tradicional de las tierras, y la ley 27118 que declara de interés público la protección de la agricultura familiar, campesina e indígena, y procura la radicación de la familia en el territorio rural que ocupa.

La ley 26160 cuyos aspectos fundamentales son, por un lado, declarar la emergencia territorial en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país (...), por el término de cuatro años (art. 1); suspender –por el plazo de la emergencia declarada-, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país (art. 2); y por otro, indicar que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) –durante los 3 primeros años- deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (...) (art. 3).

La Ley 27.118 de Declaración de interés público la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena. Régimen de Reparación Histórica. Creación, que, en su artículo 1, declara de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena por su contribución a la seguridad y soberanía alimentaria del pueblo, por practicar y promover sistemas de vida y de producción que preservan la biodiversidad y procesos sostenibles de transformación productiva. En su artículo 5, precisa como uno de los elementos constitutivos de la condición de agricultor/a familiar la pertenencia a comunidades de pueblos originarios.

Para terminar, en orden a la regulación del derecho de propiedad, éste también tiene una dimensión activa como derecho a acceder a la propiedad. Así en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que dice: *“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar (Art. XXIII)*, es decir que, la protección que le dan los derechos humanos a la propiedad consiste en la protección de aquellos bienes que se vinculan con elementos necesarios para la vida digna y adecuada (en términos la Convención Americana de Derechos Humanos (DUDH), Art. 4 y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 11), como una propiedad que es necesario garantizar en un Estado que este sujeto a este compromiso convencional. En segundo lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que: *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente (Art. 17, párr. 1)*. Esta formulación es acorde a una idea de acceso a un mínimo existencial o principio de protección del contenido



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

mínimo de los derechos económicos sociales y culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁸.

En esta línea también se inscribe la Carta de la OEA cuando establece: “la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:... incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático” (Carta de la OEA Art. 34 inc. f).

4. Sobre la prohibición de desalojos contra comunidades campesinas e indígenas.

La ley Nacional 26160, sin perjuicio de que ordena una acción positiva al Poder Ejecutivo para realizar el relevamiento técnico jurídico catastral, en el presente caso, no debe perderse de vista el contenido del art. 1, es decir, la suspensión de cualquier acto que implique un desalojo de una comunidad. Esta ley brinda la posibilidad de que los diferentes poderes judiciales garanticen el respeto por el territorio indígena, incluso cuando se encuentren

⁸ En su Observación general N° 3 (1990) párr. 10, el Comité destacó que correspondía a los Estados partes la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

ante acciones en las que se invocan derechos de propiedad legítimos y de buena fe por parte de particulares no indígenas. Se trata aquí de una situación de extrema vulnerabilidad y la compleja situación que atraviesan las comunidades merece una especial protección. Por ese motivo se ha dictado esta ley de emergencia.

Así, a lo largo de los últimos años fueron varias las sentencias favorables que contemplaron el derecho a la propiedad comunitaria.

A modo de ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, en el caso “Guerrieri”, invocó la aplicación de la ley 26.160 y sus alcances para resolver el conflicto planteado, en el cual clasificó a la ley como una medida de carácter procesal para la protección y el reconocimiento de los derechos territoriales. En ese fallo, el Dr. Soderro Nievas, expresó: “Teniendo a la vista dicha ley, y su decreto reglamentario y los fundamentos que dieron lugar a esta sanción, entre ellos el Convenio 169 de la OIT y la nueva cláusula constitucional, del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, no tengo duda alguna que si el alcance de la protección está destinada a las comunidades indígenas, comprende necesariamente a las personas individuales, a su familia y demás grupo conviviente que no necesariamente integran o consienten en integrar una propiedad comunitaria. Tal inteligencia surge para mí, tanto de la ley como del decreto reglamentario nacional, ya que si bien en primer lugar se refiere a la propiedad comunitaria, también se refiere expresamente a la preexistente, y en este último caso no es necesario que estén inscriptas en el RENACI, pues es claro que la finalidad de la ley es reconocer y proteger constitucionalmente la



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

posesión y propiedad”. A la vez, señaló “(...) hay que apartarse de una interpretación literal de la ley que parece dirigida únicamente a comunidades o propiedades comunitarias, para ocuparse realmente de los poseedores y ocupantes que son los que verdaderamente o ciertamente deben ser protegidos como preexistentes. (...)” (“Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodriguez, Cristian s/ ordinario s/ casación” -Expte. N°22285-STJ-(reivindicatoria). Sentencia del 14 de agosto de 2008)

El mismo magistrado en el caso “Lemunao” sostuvo que debía suspenderse el trámite (interdicto de recobrar) mientras dure la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas. En los tribunales de primera instancia de esa provincia, también se han logrado sentencias favorables. Un ejemplo de ello es el caso de la comunidad Mapuche José Manuel Pichún, impulsado por la provincia de Río Negro y la empresa EMFORSA (sociedad con capital estatal rionegrino). La comunidad pidió el rechazo de la demanda debido a que se trataba de tierras pertenecientes a la propiedad y posesión comunitarias y el Juez justificó la improcedencia de la acción de desalojo contra la posesión comunitaria indígena, basándose en que la posesión y propiedad comunitarias de los pueblos indígenas emanan de un derecho constitucional, no alcanzado por una acción personal de desalojo ni tampoco, en principio, por una acción reivindicatoria. Un aspecto fundamental, en relación con la interpretación de la Ley 26.160 se da al indicar que “la ocupación tradicional se presume siempre actual, subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena. El término "actual" utilizado por la norma infra-constitucional que

estableció el relevamiento de las comunidades originarias a efectos de cumplir con el imperativo supralegal (artículo 2 de la ley 26.160) es simplemente una redundancia que no quita ni agrega nada al concepto constitucional que pretende reglamentar, porque la ocupación tradicional de la norma superior siempre debe reputarse actual”.

También la Cámara Nacional en lo Comercial dispuso la suspensión de una venta en el marco de un proceso de quiebra, a las resultas de la determinación y demarcado de las tierras cuya ocupación comunitaria se invoca, y hasta tanto se arribe a una solución consensuada con todos los interesados. Ello, con respaldo en las previsiones de la ley 26.160 que dispone “la suspensión de actos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de tierras” (CNCom, Sala B, “Maccarone, Luciano Hernán y ortos c/Grupo Olivo Argentino S.A. y otros s/ejecutivo”, del 13/05/2015).

A la vez, la mencionada Ley 27.118 dispone en su artículo 19 la suspensión por tres (3) años toda ejecución de sentencia y actos procesales o de hecho que tengan por objeto el desalojo de agricultores familiares que al momento de la entrada en vigencia de la norma se encuentren en condiciones de usucapir las tierras rurales que poseen.

5. Sobre el acceso a la justicia culturalmente adecuado.

En nuestra opinión técnica jurídica, se trata de cumplir con la obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado. Este principio es derivación del derecho a la igualdad, a la no discriminación y al respeto a la diversidad cultural y étnica, y consagra un ejercicio de la



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

jurisdicción con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas involucradas en el proceso. El carácter de estos principios es de los órdenes públicos constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. En los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas o pertenecientes a minorías étnicas y culturales, constituye un principio de orden público **la obligación de considerar las especificidades culturales relevantes para ser tenidas en cuenta para adoptar decisiones por parte de los jueces**. De lo contrario se podría estar ante una violación al derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la consideración de las especificidades culturales se ha entendido como una especie de acción afirmativa orientada a subsanar o reducir las desventajas de los pueblos indígenas para tener un adecuado acceso a la justicia. En particular, el artículo 8 (1) del Convenio 169 de la OIT –de jerarquía suprallegal-, en cuanto dispone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbre o su derecho consuetudinario”, así como el artículo 12 del mismo texto normativo, en cuanto establece que “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos....”.

Las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” -aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008 y con adhesión de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación por medio de la Acordada 5/2009- establecen el criterio a seguir. En la regla 9 se señala que *“las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales”* (Regla 9). Mientras que en la regla 79 se consigna que *“en la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales indígenas”* (Regla 79).

Por lo demás, resulta prioritario llevar a cabo una adecuación de la implementación de las reglas procesales a las pautas culturales y las afectaciones posibles por la situación de vulnerabilidad estructural reconocida normativamente, en lo que respecta a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Éstos se encuentran reconocidos en el sistema normativo nacional a través del artículo 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional, así como del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

También, por la profusa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, de acuerdo al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Simon, Julio H.– F:328:2056), es la intérprete de la normativa internacional señalada.

A mayor abundamiento, y al solo efecto de colaboración en el proceso a los fines de garantizar una adecuada y plena tutela judicial efectiva, este Programa considera que, en los juicios que involucran a intereses de comunidades indígenas, corresponde dispensar una debida diligencia procesal en orden al principio de considerar las especificidades culturales y étnicas para el acceso a la justicia como un deber por parte de los juzgadores, con sustento constitucional en los artículos mencionados y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8 y 12), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 40) y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. Sobre la condición de sujeto colectivo de derecho del accionante.

En relación a la caracterización jurídica de la comunidad indígena, solo es admisible como sujeto colectivo de derecho y no individual. El titular de la propiedad y posesión de las tierras ocupadas, es la comunidad íntegra e indivisible. Tanto la naturaleza jurídica de la comunidad como de la propiedad y posesión del territorio, es de carácter colectivo. No es admisible la propiedad individual de la tierra ya que el único titular es la comunidad en su conjunto. Por eso mismo, la tierra es de propiedad comunitaria y no puede ser

considerada como un objeto susceptible de ser mercancía y de apropiación privada. Desde la perspectiva normativa, la tierra pertenece a la comunidad porque, desde una mirada filosófica indígena, la comunidad es la que en verdad pertenece a la tierra. Por eso la tierra es parte esencial de la identidad étnica y su pleno y adecuado acceso es condición para la supervivencia comunitaria. El mencionado complejo normativo formado por el artículo 75 inc. 17 de la CN, el Convenio 169 de la OIT y el resto de las leyes protectoras de los derechos de los pueblos indígenas, se fundamenta en estos principios.

7. Derecho a la participación, consulta y consentimiento en relación a los asuntos que le afecta a la comunidad.

Este es un derecho colectivo reconocido en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, y en el C. 169 OIT. En cuanto a su contenido concreto, el “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas”, de la Suprema Corte de Justicia de México, precisa los principios esenciales de este derecho, lo cual puede ser de referencia, a saber: 1. La consulta debe realizarse con carácter previo a la adopción de la medida a ser consultada. Las comunidades que resultarán afectadas deben ser involucradas lo antes posible en el proceso. 2. La consulta no se agota con la mera información, debe ser un diálogo genuino con el deseo de llegar a un acuerdo común. 3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes. 4. La consulta debe ser adecuada y a través de instituciones representativas indígenas, esto es tomando en cuenta



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones. 5. La consulta debe ser sistemática y transparente.

También, nuestra CSJN, en el caso “Dino Salas”⁹, expresó, que le correspondía al Poder Judicial de la Nación “buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole de las invocadas. **No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados** (conf. causas citadas precedentemente; Fallos: 328: 1146).

8. Conclusiones

En virtud de lo expuesto, el derecho al acceso a la justicia debe respetar el principio de igualdad y no discriminación, lo cual incluye la obligación de parte de los juzgadores de garantizarlo desde una perspectiva culturalmente adecuada. Para ello resulta fundamental el desarrollo del proceso judicial de acuerdo a las pautas de realizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado, que surgen de la normativa nacional e internacional, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, cuyo carácter es de orden público por encontrarse comprometido normas de derechos humanos de acatamiento obligatorio.

⁹ S.C., S.1144, L.XLIV. Juicio Originario. "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo", rta. el 29/12/09.

Por ello, corresponde tener por configurada a la comunidad como sujeto colectivo de derecho reconocido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y las Leyes 26.160 y 27.118 (en la condición de indígena, minoría étnica, campesino, agricultor familiar), con el derecho al territorio y a la posesión ancestral, sin perjuicio de los trámites que se hayan realizado ante las autoridades provinciales y nacionales (vg. RENACI-INAI), en relación al otorgamiento de la personería jurídica; que el reconocimiento de sus derechos colectivos no está supeditado al otorgamiento de esa personería jurídica, la cual a su vez, tiene efectos declarativos y no constitutivos; así como que debe suspenderse cualquier acto cuyas consecuencias jurídicas sea el desconocimiento de su derecho al territorio y tienda al desalojo de las tierras de ocupación tradicional y ancestral, como lo es la ejecución de una subasta.

III.

Por todo lo expuesto, sirva tener presente las consideraciones vertidas en el Dictamen Técnico Jurídico aquí presentado, a los fines de que, oportunamente y al momento de resolver las presentes actuaciones, se tengan en consideración los argumentos jurídicos aquí expuestos.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA