



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El presente tiene por objeto exclusivo emitir una opinión técnica jurídica acerca de los alcances generales de los derechos humanos de los pueblos indígenas y especialmente, del proceso penal con enfoque de diversidad cultural étnica en relación al derecho a la tierra y territorio comunitario, en virtud de la solicitud formulada por XXXXX XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXX, con el objeto de ser puesto a su disposición, en el marco del expediente “XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX s/usurpación” Expte. n° XXXXX Ello, a los fines que se estime correspondan, con sustento en la trayectoria de trabajo recorrida por el *Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación*, cuyo objeto es atender asuntos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y de diversidad cultural.

Sumario

Presentación del Programa sobre Diversidad Cultural; el deber de protección del territorio comunitario indígena y como marco del presente caso, la causa judicial sobre el reclamo comunitario; la prohibición de desalojar comunidades indígenas (Ley de emergencia Nº26.160); el deber de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas frente al proceso penal como principio general de orden público y la problemática ante la puesta en marcha del sistema penal en contexto de reclamos territoriales indígenas; el deber de considerar las especificidades culturales y étnicas en el proceso penal como principio general de orden público y las conclusiones; y la inadecuación del procedimiento de usurpación para intervenir en una cuestión litigiosa sobre propiedad de los territorios indígenas y las posibilidades de decisiones contradictorias.

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

El Programa sobre Diversidad Cultural cumple funciones en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional de la DGN, y fue creado



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

mediante la resolución DGN N° 1290 del año 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 indígenas y de la diversidad cultural, 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.

Asimismo, desde el Ministerio Público de la Defensa XXXXX XXXXXXXXXX, tanto en el ámbito de la justicia federal -con motivo del reclamo territorial- como en el ámbito del Sistema Interamericano -a través de una medida cautelar ante la CIDH que actualmente se encuentra vigente-.

El deber de protección del territorio comunitario indígena

El derecho a la propiedad comunitaria indígena se encuentra protegido en diferente normativa nacional e internacional y es un pilar fundamental de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 75 inc. 17 menciona expresamente el reconocimiento a diferentes derechos pero, principalmente, a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

tradicionalmente ocupan. Al respecto, también se refiere a la regulación de la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano y afirma que ninguna tierra o propiedad comunitaria será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Por otro lado, en materia internacional, tanto el Convenio 169 de la OIT –con jerarquía supralegal, en virtud del art. 75 inc. 22 y Ley Nº 24.071– como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (año 2007), otorgan un lugar central a la protección y respeto del derecho a la tierra y territorio indígena.

A partir de estos documentos, se reconoce una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas, basada en el derecho a la libre determinación, a sus tierras ancestrales y al reconocimiento de sus propias autoridades, entre otros derechos fundamentales.

En el presente documento no se brindará un repaso detallado del contenido de las normas mencionadas precedentemente, pero, en líneas generales, deben tenerse en consideración ciertos conceptos fundamentales en materia de protección de tierra y territorio indígena. En este contexto, el presente caso se refiere a una situación que debe ser encuadrada en el ejercicio y uso del derecho a la propiedad comunitaria indígena, ajeno a la intervención del derecho penal.

En primer lugar, cuando en este informe se refiera al término tierra debe tenerse presente que su utilización es en un sentido amplio que incluye 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” (art. 13. inc. 2 del Convenio 169 de la OIT)

En esta perspectiva, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han fijado progresivamente estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas con relación a sus territorios que deben guiar el accionar del Estado en todos sus niveles.

Así, la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “*protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la*



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

propiedad comunal¹ y que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica...”².

En otras oportunidades, el Tribunal sostuvo que: “(...) los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas puede tener una significación colectiva, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad(...)”³ y “(...) la protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”⁴.

La obligación de los Estados de reconocer derechos de posesión y propiedad se deriva de la sola ocupación ancestral y tradicional de la comunidad. De manera sucinta, señalamos que tanto en el caso mencionado en el párrafo anterior como en otros, la Corte IDH manifestó que: “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”⁵.

USO OFICIAL

¹ Corte IDH, Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párrafo 148.

² Idem anterior, párrafo 149.

³ Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párrafo 149.

⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párrafo 91

⁵ Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, párr. 128



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

En relación a la posesión de las tierras reclamadas, la Corte IDH consideró que el Estado está obligado a reconocer y responder el reclamo de la Comunidad “aún cuando no tengan plena posesión de las mismas y se encuentren en manos privadas”⁶.

En ese sentido, los pueblos indígenas también tienen derecho a exigir la protección de esas tierras, como en el caso de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes (14.1 del Convenio 169). Es decir, en caso de que los pueblos hayan perdido la posesión de sus tierras, tienen derecho a recuperarlas o a obtener otras de igual extensión y calidad (art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional y Corte IDH, Caso Xakmok Kasek v. Paraguay.)

Es de destacar que tanto nuestra Constitución como la jurisprudencia de la Corte IDH y la normativa internacional, se refieren a la obligación estatal de garantizar tierras aptas para el desarrollo de las comunidades, de igual extensión y calidad.

La ley de Emergencia Nº26160 y su prohibición de realizar desalojos

A partir de la sanción de la ley 26160⁷ las tierras ocupadas por comunidades cuentan con una especial protección. Dicha norma, por un lado, declara 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, indica que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) –durante los tres primeros años– deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (...) (art. 3).

⁶ Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaxe Vs. Paraguay, párr.130 y 138

⁷ Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1122/2007 y la Resolución INAI Nº587/2007 y prorrogada en dos oportunidades, por las leyes 26.554 (del año 2009) y 26.894 (del año 2013), por lo que actualmente se encuentra vigente hasta el mes de noviembre de 2017.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

Sin perjuicio de que la norma ordena una acción positiva clara 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 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 posesión y propiedad”*. A la vez, señaló *“(…) hay que apartarse de una interpretación literal de*



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

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. Nº22285-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 verifica 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



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

que dispone “la suspensión de actos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de tierras” (CNCom, Sala B, “Maccarone, Luciano Hernán y otros c/Grupo Olivo Argentino S.A. y otros s/ejecutivo”, del 13/05/2015).

En cuanto al presente caso, no debe perderse de vista que la implementación del relevamiento técnico jurídico catastral -indicado en la Ley 26160- se realizó en el marco del expediente judicial “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar y amparo”, que actualmente se encuentra tramitando ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en virtud del reclamo territorial realizado por la comunidad. **En el proceso de relevamiento -que se encuentra discutido en el ámbito del expediente mencionado- se abordó también la problemática sobre la superficie territorial sobre la cual versa la presente causa por usurpación. Por ese motivo, reiteramos que esta causa penal no sería el ámbito apropiado para debatir este conflicto.**

El deber de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas frente al proceso penal como principio general de orden público

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental consistente en las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas⁸. Este derecho expresa en el ámbito de la administración de justicia el principio constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación. Por su parte, la Constitución Nacional en su artículo 18, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (por vía del art. 75 inc. 22 de la CN) garantizan expresamente el derecho a un recurso efectivo para reclamar el goce efectivo de los derechos y el acceso a la justicia con igualdad.

⁸ El artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1 y 25); la Convención Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIV); la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁹, establecen parámetros generales para garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas que por circunstancias étnicas o culturales –entre otras– encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia.

En ese sentido, indican 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 nº 9).

Las personas con identidad cultural étnica de alguno de los pueblos originarios de nuestra América, en situación de pobreza, son portadoras de una potencial múltiple condición de vulnerabilidad. Esto genera en el operador judicial, y en especial en los jueces y fiscales, la obligación de evaluar en forma estricta los efectos de esa especial condición de vulnerabilidad para evaluar si corresponde que funcione como atenuante o causa de absolución del hecho penalmente atribuido, con el fin de procurar una tutela judicial efectiva. Por eso, en las Reglas de Brasilia se señala que *“se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad”* (Regla Nº25).

En este caso particular, estamos en presencia de un doble aspecto que debe considerarse en relación a la situación de vulnerabilidad ya que se trata de no sólo de un miembro de un pueblo indígena sino que también es un referente de la comunidad *qom*, que merece especial atención en su carácter de defensor de derechos humanos de la comunidad. No sólo

USO OFICIAL

⁹ Aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana y adoptadas como obligatorias por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Acordada Nº 5/2009 del 24/2/2009)



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

se torna importante contemplar su situación frente al sistema penal, sino que debe tenerse en consideración la vulnerabilidad de los miembros que pertenecen a su comunidad, ante el sometimiento de un referente comunitario a un proceso penal.

El deber de considerar las especificidades culturales y étnicas en el proceso penal como principio general de orden público

El principio de considerar las especificidades culturales y étnicas para el acceso a la justicia es un deber por parte de los juzgadores y tiene sustento constitucional en los artículos 16 y 75 incs. 17 y 19 de la Constitución Nacional y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9 y 12), en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 13 y 40) y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 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 jurisdicción penal con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas sometidas a proceso. El cumplimiento de este principio adquiere especial importancia en los procesos penales. Allí, el respeto al debido proceso obliga al juzgador y al operador judicial a considerar en forma expresa las consecuencias jurídicas liberatorias o atenuantes derivados de la especificidad cultural. De lo contrario se afecta de modo fulminante el derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia (Conf. Arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En estos casos, el proceso penal debe adecuarse a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, en cuanto en su artículo 9 inc. 2 establece que *“las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres”* de los pueblos indígenas en la materia, entre las que cabe enunciar principalmente el respeto a la identidad cultural étnica y a la diversidad cultural.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

La dogmática penal ha abordado, en general, la cuestión penal indígena en el análisis de la inimputabilidad, antijuridicidad y culpabilidad, según la diferente índole de los casos presentados. Dado que el ordenamiento jurídico nacional actualmente vigente carece de normativa expresa que regule el condicionamiento cultural del sujeto indígena, la solución ha consistido en recurrir a los principios generales establecidos en el Código Penal, especialmente en el art. 34 incs. 3º, 4º, 5º, 6º y 7º.

En la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, la Corte IDH en **“Xákmok Kásek”** (2010) ha concluido que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ha ingresado en el dominio del *jus cogens* sobre el cual se basa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional¹⁰.

En síntesis, se trata pues, de una obligación de parte del juzgador con especial intensidad en los procesos penales, consistente en verificar adecuadamente si se han configurado situaciones de especificidad cultural y étnica en el caso, y que no puede ser delegada en las partes como mera carga probatoria. El principio de igualdad y no discriminación, y el de respeto a la diversidad cultural, hace recaer sobre los jueces la obligación de evaluar y ponderar expresamente los elementos de carácter cultural y étnico y las condiciones de vulnerabilidad en general, que puedan influir decisivamente sobre la resolución del caso, para descartar su virtualidad como atenuante o causa de absolución del hecho. De tal modo que el no respeto al principio de considerar las especificidades culturales y étnicas de las personas sometidas a juicio, afecta sustancialmente el debido proceso y constituye una violación a las reglas de orden público susceptible de ser corregida y reparada mediante el sistema general de nulidades.

Por ello, los derechos y principios de orden público establecidos en torno a la igualdad y no discriminación, implican la existencia de obligaciones que solo pueden estar en cabeza de los jueces y fiscales que actúan, quienes deben acreditar en los diferentes procesos su cumplimiento mediante la realización de actos procesales, tendientes a dilucidar las cuestiones que se planteen y dar protección judicial efectiva, y ser

¹⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

debidamente atendidas y valoradas, así como conceptualmente desarrolladas en el marco de la regla de la sana crítica al dictar sentencia interlocutoria o definitiva.

El vínculo entre las personas indígenas y la propiedad comunitaria, dista mucho de la relación se da en los casos de propiedad privada. El espacio -tierra y territorio- en el que se desarrolla la comunidad, es fundamental para su subsistencia, para practicar sus costumbres y desarrollar su vida conforme sus pautas culturales. Al cuestionar, a través del sistema penal, el modo de ejercicio de ese derecho al territorio nos encontramos ante un proceso que se aleja de la comprensión o abordaje con perspectiva de diversidad cultural.

Por otro lado, no debe perderse de vista la importancia de la relación especial con la tierra y territorio indígena, que está contemplada tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas. Así, el primero indica en su art. 13.1 “(...) *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*”. Por su parte, la Declaración, en su art. 25 se refiere al derecho a “*mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.*”

Además, la Corte IDH ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos, se encuentran comprendidos en la protección consagrada por el artículo 21 de la Convención Americana. (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, y Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, Xakmok Kasek vs. Paraguay, entre otros).

El respeto del derecho penal a un enfoque de diversidad cultural étnica, encuentra respaldo en el principio de obligatoriedad de la



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

consideración de las especificidades culturales, las costumbres y las normas de los pueblos indígenas y las minorías étnicas, con el fin de valorar el contexto y el significado de los hechos (Arts. 8, 9 y 12 del Convenio 169 de la O.I.T.). Entonces, existe una variedad de soluciones de casos desde la perspectiva de la dogmática penal con enfoque de diversidad cultural, sea por error de tipo culturalmente condicionado, por ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, por error de prohibición directo y culturalmente condicionado, y por conciencia disidente o conciencia culturalmente integrada de forma diversa.

El error de prohibición, en la dogmática penal, es aquel que impide la comprensión de la antijuridicidad de la conducta, sin que haya afectado el conocimiento de los elementos del tipo¹¹. La formación de la conciencia de la ilicitud sobre la cual se va erigir el reproche por la conducta realizada, requiere de la internalización de un conjunto de valores, pautas culturales y costumbres socialmente constituidos, razón por la cual la pertenencia étnica del individuo es un factor de relevancia a ser tenido en cuenta para analizar el grado de comprensión normativa y superar el examen de la antijuridicidad.

El jurista peruano especializado en derecho penal indígena José Hurtado Pozo sostiene que *“la aplicación de un ordenamiento jurídico perteneciente a una cultura determinada a personas que pertenecen a un ámbito cultural distinto puede ser difícilmente comprendida y explicada sin tener en cuenta factores como, por ejemplo, la pluralidad cultural, el pluralismo jurídico, la ciudadanía cultural, los derechos culturales, los derechos de los pueblos nativos y el etnocentrismo”*, lo cual, además, corresponde atender que *“la cuestión no sólo se refiere a los pueblos originarios que fueron sometidos mediante la colonización, sino también a los inmigrantes instalados en países de cultura diferente de la suya”*¹².

De esta manera, dentro de la instancia de la culpabilidad por el acto, el error de comprensión se manifiesta como la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en

¹¹ Zaffaroni, E.R.- Alagia, A- Slokar, A. Derecho penal. Parte General. Edit. Ediar, Buenos Aires, 2ª edición, 2002, p.733.

¹² José Hurtado Pozo, “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”, *Derecho penal y criminología* 29, n° 86-87 (2008): 59-94.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

razón de un condicionamiento cultural diferente, puesto que el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta y ha interiorizado desde pequeño los patrones conductuales y valores de esa cultura¹³. El enfoque de diversidad cultural resalta, no el simple desconocimiento de la norma, sino el desconocimiento motivado por la pertenencia étnica. El sujeto pudo haber conocido la prohibición de la norma, pero no puede internalizarla o interiorizarla, debido a su condicionamiento cultural, de manera tal que no es posible sostener reproche penal alguno por el comportamiento realizado, a pesar de haber conocido la prohibición¹⁴.

Existen precedentes jurisprudenciales resueltos favorablemente como "XXXXX s/ usurpación" del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro X Secretaría nro. XX (XXXXXXXXXX, 10 de noviembre de 2004), en el cual el juez señaló que no se había verificado "que se consumaran algunos de los supuestos previstos en el artículo 181 del Código Penal. Ello por cuanto si bien es cierto que XXXXX habría iniciado una construcción precaria en el sector denominado Tres Picos, dónde conviviría con su familia, no lo es menos el hecho de ser un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a esta altura del partido resultan litigiosas, y sobre las cuales legítimamente se considera titular de derechos. Al respecto la jurisprudencia ha sido clara al señalar que: "Como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, al existir un error de tipo excusable -que excluye el dolo, dejando subsistente la culpa-, por falta del aspecto subjetivo, la conducta del encausado es atípica".

En otro caso, se resolvió el caso de usurpación como el de un "delito culturalmente motivado", referidos al conflicto entre el respeto a los valores comprendidos dentro de su cultura y lo que disponen las normas penales. Por eso, se expresó que no se podía afirmar que la imputada hubiera podido atender a los llamados de la norma penal, es decir, que hubiera estado en condiciones de inspirarse en la expectativa subyacente a la previsión normativa prevista en el artículo 181 del Código Penal, y ello por cuanto, en lo esencial, su sistema de creencias la llevó a hacer prevalecer lo que entendió como un bien

¹³ Felipe A. Villavicencio Terreros, « Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú », *Revue internationale de droit pénal* 2011/3 (Vol. 82), p. 559-573.

¹⁴ García Vitor: *Diversidad cultural y derecho penal*, Buenos Aires 1993, p. 31.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

jurídico de mayor trascendencia. Entonces, se verificaba una ausencia de cualquier forma de culpabilidad penal en virtud de encontrarse frustrado el normal proceso motivacional de la nombrada, quien, de acuerdo a la tradición en la cual abrega, sus códigos culturales, la percepción del mundo que la circunda y su orden social, se encontró llamada a responder del modo en que lo hizo, priorizando así los bienes jurídicos que estimó trascendentes y llamados a proteger de modo activo (en "XXXX XXXXXXXXXXXX s/ usurpación", Expte. N° XXXXXX, Juzgado de Instrucción Nro. X, Secretaría Nro. X, de XXXXXXXX, sentencia del 6 de septiembre de 2011).

En el caso "XXXXXX XXXXXXXXXs/daño" del Tribunal Superior de Justicia de XXXXX, se optó como solución jurídico-penal adecuada, la invocación de una causa de justificación (art. 34 inciso 4 del Código Penal), con sustento en que el imputado indígena "se sentía propietario" de los terrenos en los que se procedió a la colocación de las estacas que fueron destruidas, y creyó estar en su derecho. Para arribar a esta conclusión, se tomó como premisa la realización de una pericia antropológica sobre la modalidad de la posesión comunitaria sobre la tierra.

El problema de la criminalización de los referentes indígenas en el marco de las reivindicaciones territoriales

Como se ha mencionado con anterioridad, los pueblos indígenas cuentan con una amplia gama de normas que reconocen y protegen sus derechos humanos. En ese marco, teniendo los pueblos originarios cada vez mayor conciencia respecto de los derechos que los amparan, ante la afectación o violación de esos derechos, las personas y comunidades indígenas recurren a diferentes tipos de reclamos para exigir su cumplimiento.

Así, los pueblos originarios se organizan comunitaria y políticamente para realizar reclamos tanto en ámbitos formales como a través de acciones de protesta. Ello bajo la convicción de que su reclamo es legítimo, dado que reclaman al Estado el cumplimiento de los derechos que aquel les ha reconocido y que, en esa línea de ideas, se encuentran además amparados por el derecho de las personas a peticionar a las autoridades (Conf. Art. 14 de la CN).



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

Desde el Programa sobre Diversidad Cultural se observa con preocupación que muchos de esos reclamos derivan en la imputación de personas indígenas en causas penales, por ejemplo por interrupción de la vía pública, usurpación u otros tipos legales.

A pesar de que los pueblos indígenas han pasado de ser objetos de asimilación y protección a ser sujetos de derecho y cuentan actualmente con diversas normativas y estándares nacionales e internacionales que así lo determinan, una de las traducciones de la discriminación y persecución que sufren en el marco de la lucha por sus derechos humanos -y especialmente por la recuperación de sus territorios- es la criminalización de sus integrantes.

Cabe destacar en ese sentido, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”*. Los Estados están obligados *“a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”*¹⁵.

En virtud de lo expuesto, los conflictos que afectan los derechos humanos de las personas y comunidades indígenas no deberían, en principio, ser objeto del derecho penal, sino de una búsqueda de soluciones por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir los derechos que los asisten, a través del diálogo y respetando los derechos de consulta y participación de los pueblos indígenas.

La inadecuación del procedimiento de usurpación para intervenir en una cuestión litigiosa sobre propiedad de los territorios indígenas y las posibilidades de decisiones contradictorias

¹⁵ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 271.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

Como hemos señalado a lo largo del presente documento, el procedimiento penal por el delito de usurpación no es adecuado para abordar esta problemática y contemplar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que se encuentran en juego.

El delito de usurpación, contemplado en el artículo 181 del Código Penal de la Nación, prevé penas de prisión para *“El que por violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad, despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”*, cabiendo la misma pena para *“el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo”* y para *“El que, con violencia o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble”* (art. 181, incisos 1, 2 y 3 del C.P.).

Del análisis de la conducta señalada, de carácter necesariamente doloso, se desprende que para su debida configuración deben hallarse presentes en el hecho investigado alguno de los modos de *despojo* estipulados en su letra, tales como la invasión de un inmueble total o parcialmente ajeno, el mantenimiento en el mismo que produzca un menoscabo en el goce del derecho a su legítimo propietario o la expulsión de sus legítimos ocupantes¹⁶.

En el mismo sentido, debe concurrir alguno de los medios comisivos taxativamente enunciados en la figura, es decir: violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad. Entiéndase por *violencia* la fuerza física desplegada para vencer una resistencia que impida la ocupación; por *amenaza* la violencia moral que se produce al afirmar la ocurrencia de un daño futuro; por *engaño* la disimulación de la verdad o el ardid que induzca a un error; por *abuso de confianza* el despojo sucedido en provecho de una relación preexistente; y por *clandestinidad* la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse a ella¹⁷.

USO OFICIAL

¹⁶ Cf. Baigún, D. y Zaffaroni, E.R. (Dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs As, Hammurabi, 2009, Pág. 744 y ss.

¹⁷ Cf. Donna, E., *Derecho penal, Parte especial*, Tomo II-B, Bs As, Rubinzal-Culzoni, p. 735 y ss.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

Así, en el presente caso, teniendo en cuenta que se trata de un inmueble sobre el cual existe un conflicto que ya fue planteado en el ámbito de la justicia, proceso que actualmente en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se discuten cuestiones relativas a la propiedad comunitaria indígena; carece de sentido pretender abordarlo a través de un proceso penal de este tipo. Es más, es de público conocimiento que el Sr. XXXXXXX XXXXXXXXX, junto con la comunidad indígena XXXXXXXX, ejerce sobre esta porción de territorio sus derechos territoriales indígenas, derecho fundamental para su desarrollo y subsistencia como comunidad.

A su vez, no debe perderse de vista que esto afecta el principio de legalidad, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en numerosas oportunidades ha dicho que el derecho penal debe ser entendido como la ultima ratio del ordenamiento jurídico.¹⁸

Finalmente, y más allá de la atipicidad de la conducta imputada, lo cierto es que existen consideraciones de índole constitucional que, por lo demás, desaconsejarían avanzar con una imputación penal. Ello, en virtud del art. 75 inc. 17, y la normativa internacional aplicable a los derechos de los pueblos indígenas, esto es, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el trámite en paralelo de una causa penal de estas características y de un amparo colectivo, podría conllevar a la posibilidad de que existan decisiones contradictorias sobre los derechos en juego.

A la vez, es fundamental tener en consideración, que se trata de una comunidad indígena que se encuentra en situación de vulnerabilidad, cuyo patrimonio más valioso es el territorio, que -en muchas oportunidades- es avasallado por acciones de particulares sin ningún tipo de consentimiento comunitario y que en dichas ocasiones el sistema penal no se activa.

En este contexto, la canalización de graves problemas sociales, como el presente caso, a través del sistema de justicia penal puede contrastar con principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la igualdad y la no discriminación, dada la

¹⁸ Ver entre otros Fallos 331:858.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

selectividad, intensificada en estos supuestos, con que opera el sistema¹⁹.

Conclusiones

En virtud de lo expuesto, por un lado, si bien se trata de un proceso penal en el que se investiga la comisión de un delito, el derecho fundamental que se encuentra en juego es la tierra y territorio de la comunidad XXXXXXXXX, cuya protección está expresamente contemplada en diversa normativa nacional e internacional. Así, la problemática vinculada con el efectivo goce de los derechos mencionados debería resolverse fuera del marco de un proceso penal.

Además de la especial protección y respeto que merece el territorio indígena, la vigencia de la Ley Nacional Nº26160 exige la suspensión de desalojos y, en casos con estas características complejas, implicará la búsqueda de otras soluciones en las que se garantice a la población indígena el acceso a tierra y territorio comunitario.

Por otro lado, no debe perderse de vista 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 obligatorio el cumplimiento de determinadas exigencias 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.

En un resumen de las obligaciones, cabe considerar que la carga de la prueba para evaluar la condición de vulnerabilidad y descartar que no funcione como atenuante o causa de absolución del hecho inculcado se encuentra en cabeza del operador judicial, así como la exigencia de producir y valorar adecuadamente un peritaje antropológico o dictamen cultural, tendiente a servir como puente intercultural entre mundos de significaciones diversos y que resulta imprescindible para fundamentar las decisiones judiciales, bajo riesgo en caso contrario de configurar la

¹⁹ Zayat, D. y Ricciardi, V., "Derecho de defensa en casos de usurpación en la ciudad de Buenos Aires. Un estudio empírico", en *Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Año I, Nº1, marzo de 2011, p. 108.



Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

causal de arbitrariedad y de imposibilidad de arribar a la sana crítica racional.

Todo esto constituye un conjunto de principios y obligaciones a ser considerados por los juzgadores y operadores judiciales en general, con el fin de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Buenos Aires, de julio de 2017.

DR. SEBASTIAN TEDESCHI
COORDINADOR DEL PROGRAMA DE DIVERSIDAD CULTURAL
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DR. JAVIER AZZALI
PROGRAMA DE DIVERSIDAD CULTURAL
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DRA. PAULA
PROGRAMA DE DIVERSIDAD CULTURAL
DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN