



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO SOBRE
ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE ADECUADO Y
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE
DESPLAZAMIENTO INTERNO FORZADO

El presente tiene por objeto exclusivo emitir una opinión técnica jurídica acerca del derecho al acceso a la justicia culturalmente adecuado, a fin de ser puesto a disposición de la Defensoría Pública Oficial N° 2 por ante los Juzgados y Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de La Plata, cuya titular es la Dra. María Inés Spinetta, en el marco de la causa “ XXXXX XXXXXXXXXXXX c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ Amparo colectivo”, en trámite por ante ese Juzgado Federal XXXXXX Secretaría N° XXX.

I. 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 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 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.

En este sentido, las respuestas estatales tendientes a la solución del conflicto generado por el desplazamiento interno forzado de los miembros de la comunidad guaraní, deben ser enmarcadas en las definiciones y obligaciones existentes y exigibles al país, provenientes de los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de los desplazados internos, contra la intolerancia étnica y cultural, con pleno respeto a la diversidad cultural. También, la situación de especial vulnerabilidad que padecen los pueblos indígenas para ejercer sus derechos y sus obstáculos para el derecho al acceso a la justicia, se agrava aún más cuando son víctimas de desplazamiento forzoso interno. 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, esa situación de especial vulnerabilidad.

II. Antecedentes de hecho del caso San Martín El Tabacal – Comunidad indígena Guaraní “Hijos de la Tierra”.

El presente caso se inicia con la acción interpuesta por la Comunidad indígena guaraní XXXX XXXXXXXXX), representados por el Cacique XXXXXXXX XXXXXXXXX, la Consejera de la Juventud, XXXXXXXXX XXX y la Consejera de la Mujer, XXXXX XXXXXXXX, quienes reclaman del cumplimiento del derecho al otorgamiento de otras tierras aptas y suficientes para su desarrollo comunitario conforme sus pautas culturales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. En este sentido, la demanda solicita se condene a las demandadas a proveer tierras aptas y suficientes para el desarrollo de la Comunidad conforme sus pautas culturales,



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

otorgándose el correspondiente título de propiedad comunitaria indígena (Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989, artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Desde 2003, la comunidad reside, de manera dividida, en tres parcelas de tierras ubicadas en las localidades de El Pato, Partido de Berazategui, El Peligro y Echeverry, Partido de La Plata, Provincia de Buenos Aires, debido a la migración forzada provocada por los hechos de represión padecidos en sus territorios de ocupación tradicional y ancestral ubicados en la Provincia de Salta. En efecto, el 16 de septiembre de 2003 los miembros de la comunidad indígena Ava Guaraní fueron víctimas de un desalojo violento, ordenado en el marco de un proceso penal seguido en orden al delito de usurpación en jurisdicción provincial, a instancias de la multinacional de origen estadounidense *Seaboard Corporation*, por considerar de su propiedad privada las tierras donde se asentaban en la localidad de San Martín El Tabacal, Departamento de Orán¹. La reivindicación del derecho al territorio por parte de los guaraníes y el conflicto con esa empresa, ha llamado la atención del Relator Especial para Pueblos Indígenas de la ONU².

Tras el desalojo, la represión y el hostigamiento, un grupo de familias indígenas de esa comunidad, con sus niños, niñas y adolescentes, migró de manera forzosa hacia la mencionada localidad de El Peligro, del partido bonaerense, que se presentó como un sitio alejado del conflicto y donde existían parientes y personas amigas junto a las cuales mantener ciertas pautas culturales. Allí iniciaron el arrendamiento de tierras para desarrollar su vida comunitaria, intentando reeditar la actividad agrícola de subsistencia que realizaban en su lugar de origen.

Para el pueblo guaraní, la tierra es el lugar -específico y étnicamente valioso- donde se dan las condiciones para el desarrollo de su vida

¹ *Seaboard Corporation* es un conglomerado agroindustrial, con sede en EEUU que opera en más de 45 países con negocios diversificados en todo el mundo, relativos a la producción agrícola, ganadera y alimentaria y al transporte marítimo, que en 1996 adquirió El Tabacal.

² "Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, La situación de los pueblos indígenas en Argentina", 4/07/2012, pág. 35.

social, mediante un conjunto de relaciones sociales y culturales más allá de la simple subsistencia (conforme se detalla y explica en el Informe Antropológico de las Dras. Liliana Tamagno y Carolina Maidana, del Laboratorio de Investigaciones en Antropología Social de la Universidad Nacional de La Plata, presentado junto a la demanda inicial).

Una crónica periodística de la época relata:

“Se cuenta que hubo un tiempo en que les arrancaban un diente por cada caña de azúcar que los vieran chupando, que les sacaban sus hijas para entregárselas al patrón y que luego las violaban. Los terratenientes compraron miles de hectáreas, con las comunidades aborígenes incluidas. Las historias del ingenio azucarero San Martín del Tabacal, en Salta, forman parte de la memoria de las 150 familias guaraníes, descendientes de aquel pueblo originario, que ahora volvieron a sentir el poder de la empresa más grande de la provincia: golpes, cárcel y hasta simulacros de fusilamientos por intentar recuperar la tierra de sus ancestros.”

“Las 150 familias de la Comunidad Estación El Tabacal viven en la localidad de Hipólito Yrigoyen, amontonadas en una hectárea y media. Pero todos los días llegan a lo que fueron sus tierras, en una zona llamada La Loma, que queda a pocas cuadras de sus actuales casas. Ahí están sus plantaciones de maíz y zapallo, la leña, sus yerbas medicinales y sus ancestros. En septiembre último decidieron volver a esa tierra, unas 5000 hectáreas que la empresa no utiliza. Estuvieron siete días hasta que, por orden del juez Oscar Blanco, gendarmes, policías y personal de seguridad de la compañía irrumpieron de noche en el asentamiento. Según denunciaron, inundaron el lugar de golpes y, emulando tiempos de la dictadura, ejecutaron simulacros de fusilamientos. Hubo unos cincuenta detenidos, hasta XXXX XXXXXXXX, una abuela de 88 años. (...)

Luego del violento desalojo de septiembre, la comunidad decidió marchar 226 kilómetros caminando hasta la capital salteña para entrevistarse con el gobernador, el menemista Juan Carlos Romero. Tardaron siete días y estuvieron otros treinta esperando audiencia frente a la casa de gobierno provincial, pero Romero no los recibió. Optaron por marchar hacia Buenos Aires, a entrevistarse con el Presidente. Vieron a la ministra de Desarrollo Social, Alicia Kirchner, y al entonces titular del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas,



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

Julio Sosa. Según representantes de la comunidad, les prometieron que para febrero iba a estar listo un proyecto de expropiación de las tierras. Sin embargo, en diálogo con Página/ 12, el actual titular del INAI, Jorge Rodríguez, dijo que el único compromiso del organismo es financiar mediante un subsidio a un abogado que represente un posible litigio judicial. En todo momento desmintió la posibilidad de una expropiación de tierras.

La represión originó la solidaridad de las organizaciones sociales, que empapelaron el pueblo denunciando el autoritarismo de la empresa. Además, impulsan una campaña contra el principal producto de la firma, el azúcar marca Chango. Por correo electrónico y en los medios periodísticos alternativos se repite el mensaje de no comprar el producto. Desde que se largó la campaña se incrementó el hostigamiento y la persecución a los miembros de la comunidad guaraní. Página/ 12 se comunicó con las oficinas de la empresa, pero sus directivos prefirieron no opinar sobre el conflicto. El Tabacal está ubicado en el departamento de Orán, a 266 kilómetros de la capital salteña y pertenece a la empresa norteamericana Seaboard Corporation, una firma dedicada a la agroindustria y el transporte marítimo. Su historia comenzó en la década del 20, cuando terratenientes se apropiaron de miles de hectáreas y luego las vendieron –con las comunidades adentro– a Robustiano Patrón Costas, que utilizó a los guaraníes como mano de obra esclava. En la actualidad, ocupa un millón de hectáreas, casi el 70 por ciento del departamento de Orán, emplea a un millar de personas y es una de las empresas líderes del sector. Desde que fue adquirida por la multinacional, industrializó su producción, por lo que las máquinas suplantaron a centenares de obreros. Sin embargo, la mayor parte de los habitantes de Hipólito Yrigoyen depende de la compañía. “Ante nuestro reclamo la empresa amenazó con despidos y cuando nosotros insistimos, dijo que se iba a ir a otro lado. Esto hizo que el pueblo elija ponerse del lado del ingenio”, explicó la presidenta de la comunidad guaraní, Mónica Romero.

Documentos del Obispado de Orán prueban que la comunidad guaraní vivía en ese lugar en 1804, cien años antes de la instalación de la fábrica. Pero los propietarios exhiben una cédula parcelaria, un escrito que acredita propiedad ante cualquier pedido judicial. Para los pueblos originarios la prueba irrefutable de su posesión son los

*tres cementerios aborígenes que hay en El Tabacal. (Informe: Darío Aranda)*³.

De otro testimonio, puede leerse que

“Los efectivos policiales entraron de forma intempestiva a los gritos de “¿dónde está la bandera argentina?” a horas de la noche (20hs aproximadamente) justo en el momento en que las comunidades estaban firmando un acta de compromiso ecológico. Un empleado de la empresa de seguridad del ingenio San Martín, llamada SEARCH, realiza la denuncia penal, sin alegar representación ni posesión propia. A mediados de las 11:00hs se apersonan en el lugar una persona vestida de seguridad de la empresa citada y un policía apellidado Flores, diciendo que “se tienen que ir porque esto es del ingenio” a lo que los miembros de la comunidad le responden que no, “la propiedad es nuestra”. Me avisan del hecho a lo cual voy a hacer las exposiciones suficientes a la policía. Dejo a la presidenta y otros testigos en la comisaría para hacer la exposición correspondiente porque tenía que atender clientes en Orán, no les quieren tomar la exposición diciéndoles que se las tomarían en horas de la tarde (18:30). Cuando van a realizar la exposición tampoco les toman aduciendo que ya iban a desalojarlos, lo que XXXX XXX contesta que solo si muestran orden judicial. Suben a La Loma, hacen el acta ecológica y, alrededor de las ocho de la noche (estaba plenamente oscuro) se ven luces de linterna y policías gritando “¿dónde está la bandera?”. Tal como se puede ver en la fotografía que apareció en El Tribuno del 19 de septiembre de 2003, habían puesto una bandera argentina (de plástico) con dos carteles blancos escritos en color celeste fuerte, donde uno de ellos decía “Nuestra Tierra” y otro (no visible en la foto) que decía “Tierra Argentina”. XXXX XXXXX y XXXXX XXXXXXXX comienzan a pedir que se les exhiba la orden judicial para retirarse cosa que no hacen. De forma violenta comienzan a juntar a la gente (hombres, mujeres y niños) en el descampado del lugar, un fotógrafo tomaba fotos a la gente justo en el momento en que era cada uno empujado por un policía por detrás (se supone que es para demostrar una actitud violenta) y según dicen también había otro que filmaba. Varios efectivos entraron de civil (pantalón corto y remeras de colores). Sin contar con policía femenina XXXXX XXXXX y XXXXX XXXXXXXX fueron

³ Disponible en sitio: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-32529-2004-03-11.html>, última visita el 26/07/2017.



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

empujadas literalmente hacia los vehículos. Algunos contaron después que los policías entraron disparando de forma horizontal y algunos hechos todavía quedan confusos hasta que no hable totalmente con mis defendidos. En el momento en que los hombres, esposados, eran conducidos al vehículo policial en un grupo y rodeados de policías con el arma en la mano, se sintieron disparos sin previo aviso, por lo que las mujeres comenzaron a gritar “mataron a uno” y ellos se aterrorizaron. En la bajada agarraron a Jorge Luis Tolaba, que comenzó a gritar por los golpes que le propinaron y que, según el médico forense, fueron dados con “la punta de las macanas”. Esta gente se sintió grandemente ofendida de haber sido esposada y aprisionada contra el piso de la camioneta policial⁴.

En una entrevista a una referente indígena de la comunidad, se puede leer⁵:

¿Cómo es la situación que ustedes viven?

*XXXXX XXXX: Donde nosotros estamos ahora viviendo es un pueblo, algunos hermanos están en un asentamiento a la vía del ferrocarril. Algunos están dispersos en Hipólito Irigoyen. La comunidad guaraní El Tabacal hoy está viviendo ahí. Estamos así porque hemos sido desalojados de la tierra de la loma donde vivíamos. En ese monte es el único lugar donde se encuentra un cementerio ancestral. No es la primera vez que nos desalojan. Hay hermanos que fueron a vivir a Pichanal y están en la misión San Francisco. El pueblo donde estamos, está rodeado de cañas, canales en ambos costados, una zona donde se inunda mucho. No hay un lugar donde poder plantar ni sembrar. Después del desalojo del 2003 nosotros no pudimos volver a nuestra tierra, que es la loma, porque está la seguridad que pone la empresa Seabord Corporation.
(.....)*

⁴ Extracto del informe presentado por el asesor legal de la Comunidad Guaraní El Tabacal, Hernán Masciotti, a la Defensoría del Pueblo y al INAI, tras la represión y desalojo del 16 de Septiembre en La Loma, Hipólito Irigoyen, Salta. Disponible en sitio <http://argentina.indymedia.org/news/2003/10/144115.php>, visitado el 26/07/2017.

⁵ El artículo original está en <http://argentina.indymedia.org/news/2005/11/350002.php> Imprimir comentarios. También está la nota periodística “Los sistemáticos ataques de la Seabord Corporation contra pueblos originarios en Salta” obtenida del sitio <http://anred.org/spip.php?article5324>, visitado por última vez el 10/08/2017.

Cuando ustedes dicen que han sido víctimas de sucesivos desalojos, ¿también están sufriendo la intimidación y la represión por parte de las fuerzas policiales?

LR: Sí, estamos sufriendo atropellos. Sobre todos los jóvenes porque si los pillan en la calle les pegan, los manosean. Tengo sobrinos que viven a la par mío y varias veces tuve que salir a defenderlos e inclusive me pegaron a mí.

MR: Los policías andan por todo el pueblo. Como hay muchos hermanos de la comunidad que están viviendo en esos lugares, los chicos salen. Pero no pueden salir a una esquina, a una plaza, porque si los ven, de a dos, tres o solos, los agarran y los pillan. Y ellos mismos buscan involucrarlos diciéndoles que pertenecen a una barra. Pero eso es para agarrarlos. Es una discriminación. Eso es lo que estamos viviendo las comunidades. Son varios chicos que en estos meses han sido golpeados. Los agarran, les pegan por la espalda y les tratan de “cosa”. Incluso les hacen un intento de violación. Porque yo creo que a un menor de 13 años, de 16 años los policías no tienen ningún derecho de querer bajarle el pantalón y penetrarle los dedos. ¿Cómo va a hacer eso la policía? ¿Y porqué tratan así a los chicos de la comunidad? Es por esa razón que nosotros estamos acá en Buenos Aires.

De esta manera, llevan más de trece años viviendo en la localidad de El Peligro, partido de La Plata, en condiciones precarias, hasta la actualidad.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo de la Nación, mediante la resolución de la actuación N°1331/14 caratulada “Afectación a Derechos de una Comunidad Aborigen”, consideró que a raíz del hecho de represión sufrido los indígenas **tuvieron que migrar en forma forzada** desde sus territorios ancestrales en la Provincia de Salta hasta su actual lugar de precaria residencia. En esa ocasión, dijo:

Que, en ese marco, las más de diez familias migrantes, con sus niños, niñas y adolescentes, desarrollaron su vida comunitaria en un nuevo espacio. En consecuencia y, más allá de los efectos que un desplazamiento forzado produce en relación a la forma de vida, el bienestar y la identidad cultural de una comunidad indígena, lograron crear un vínculo y un sentido de pertenencia en su nuevo hogar.



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

Que esta situación se traduce en un derecho a permanecer, máxime teniendo en cuenta los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes con respecto a su centro de vida y el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

(...) Que nos encontramos ante un caso de pérdida de territorio por causas ajenas a la voluntad de la comunidad donde existió un desalojo forzoso y, en el cual surge un derecho a la compensación ⁶

III. Los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En atención a la situación de hecho descripta, ahora desarrollamos el concepto de los derechos involucrados y puestos en debate, a modo de opinión técnica. En este sentido, haremos referencia a los alcances generales del derecho al acceso a la justicia culturalmente adecuado, al carácter colectivo de la comunidad indígena y su condición de sujeto colectivo de derechos, a la condición jurídica de las personas pertenecientes a pueblos indígenas afectadas por situaciones de desplazamiento, al derecho a la obtención de otras tierras aptas y suficientes para su desarrollo, y a los derechos de los niños indígenas.

a) El acceso a la justicia culturalmente adecuado de los pueblos indígenas.

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*

⁶ Resolución de la Defensoría del Pueblo de la Nación 54/2016.

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. 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 (Simón, 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.

En nuestra opinión técnica jurídica, se trata de cumplir con la obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

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 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 sistema interamericano de derechos humanos. En los casos judiciales en que se encuentren involucradas personas indígenas o pertenecientes a minorías étnicas o 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 supralegal-, 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....”.

b) Los derechos humanos de los pueblos indígenas afectados por situaciones de desplazamiento forzado interno.

El fenómeno del desplazamiento forzado interno acontece de diversas formas y maneras, lo cual no solo refiere a acontecimientos de conflictos armados, de amenaza de masacre o de genocidio, como en

los supuestos de graves violaciones a los derechos humanos materia de análisis por los organismos internacionales, sino también a situaciones de despojo y hostigamiento contra un grupo social forzado, por tal motivo, a abandonar su lugar de residencia para intentar retomar el desarrollo de su vida en otra zona lejana.

En nuestro país el desplazamiento forzado e interno es un fenómeno que no presenta las dimensiones y alcances que en otras regiones de Latinoamérica. No obstante, se verifica la reiteración del mismo motivo del conflicto por la posesión de la tierra y el uso y administración del territorio, en particular con conflictos que involucran como partes a empresas multinacionales, de un lado, y a comunidades indígenas, del otro como víctimas⁷. El desplazamiento forzado ocurre, por lo general, con destino hacia lugares empobrecidos y con carencias, como señala el Consejo Económico Social de la ONU en los “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, por lo que “los desplazados internos se encuentran entre las poblaciones más vulnerables y más necesitadas de protección y asistencia” (párr. 1).

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad prevén especialmente al desplazamiento interno como una causal de vulnerabilidad. En su regla 14 establece que

“También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.”

⁷ Esta situación comparada puede ser estudiada con más desarrollo en “Desplazamiento Interno Forzado en México”, de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., consultada por última vez el 10/08/2017 en el sitio: <http://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-desplazamiento-web.pdf>



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La situación padecida por los miembros de la comunidad indígena, desde su migración forzada en 2003, aparece como asimilable o al menos con rasgos centrales comunes, a la descrita en los supuestos de desplazamiento interno previstos por la normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

El fenómeno del desplazamiento interno es causa de violaciones de múltiples derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto esta situación como una condición de facto de desprotección⁸ y de especial vulnerabilidad e indefensión. Ello motiva el deber de los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de esta condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso frente a actuaciones y prácticas de terceros particulares⁹.

Dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, la Corte IDH ha destacado: a) pérdida de la tierra y de la vivienda; b) marginación; c) pérdida del hogar; d) desempleo; e) deterioro de las condiciones de vida; f) incremento de las enfermedades y de la mortalidad; g) pérdida del acceso a la propiedad; h) inseguridad alimentaria, y i) desarticulación social, empobrecimiento y deterioro acelerado de las condiciones de vida¹⁰.

c) La situación de especial y de grave vulnerabilidad de las víctimas por desplazamiento interno.

La Corte IDH ha considerado que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas¹¹ resultan particularmente relevantes para determinar el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención Americana, los cuales definen que “se

⁸ Corte IDH en Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, párr. 141.

⁹ Corte IDH en Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013 par.315.

¹⁰ Corte IDH en Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013 par.317

¹¹ Principios Rectores de los desplazamientos internos del Consejo Económico Social de la ONU. Principio 4 (2) Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, p. 140).

En este sentido, aquel tribunal ha considerado que “no es el registro formal ante los entes gubernamentales lo que le da el carácter de desplazado a un individuo, sino el mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual” (Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, par. 214).

Más allá del contenido normativo del derecho de circulación y residencia previsto en el artículo 22 de la Convención, la situación de desplazamiento analizada también afecta el derecho de los familiares de las víctimas a una vida digna (Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, par. 186). La vulnerabilidad acentuada de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar. Asimismo, dentro de los efectos nocivos que provoca el desplazamiento forzado interno, se han destacado la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social. (Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, pars. 212 y 213)

La Corte IDH ha señalado que el desplazamiento forzado implica una vulneración al derecho a la integridad personal en distintas formas. La afectación al derecho a la integridad personal se produce tanto por las circunstancias que conducen al desplazamiento forzado (miedo,



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

angustia, agresiones) como por las condiciones en que vive la población desplazada (por ejemplo, falta de acceso a servicios básicos) –arts. 5.1 y 5.2 de la CADH-. En cuanto al derecho a la protección de la familia, la Corte IDH ha destacado que el desplazamiento forzado muchas veces implica la fragmentación del núcleo familiar (art. 17 CADH), lo que constituye un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia.

De particular relevancia para el presente caso resultan los Principios Rectores emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos, los cuales se basan en la normativa internacional de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. La Corte IDH ha considerado que varias de estas directrices iluminan el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto de desplazamiento interno. Para los fines del presente caso, el Tribunal enfatiza los siguientes principios:

1.1. Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

9. Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma. 14.1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia. 28.1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno, de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte. (Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, par. 111).

Finalmente, corresponde destacar que una de las consecuencias nocivas del desplazamiento es el desarraigo, que conmueve especialmente a los pueblos indígenas debido a los graves problemas de desorganización social, comunitaria y familiar.

“El problema del desarraigo, como se indica en el presente caso, no puede pasar desapercibido ya que el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma lato sensu” (Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, pár. 13 del Voto razonado de Antonio Cancado Trindade).

d) Los derechos humanos vulnerados de las víctimas de desplazamiento interno.

En los casos de desplazamiento forzado, se constata que hay una afectación particularmente grave del derecho de propiedad (art. 21 CADH), ya que no sólo hay privación de bienes materiales de la población, sino que también hay una pérdida de todo referente social de las personas, existiendo una alteración de las condiciones básicas de existencia, así como que también a través de dichos actos se vulnera el derecho a la vida privada, al existir injerencias abusivas de la vida privada y domicilio (art. 11 CADH).

La Corte IDH se ha referido de manera particular a la situación en que se encuentran ciertos titulares de derechos en contextos de desplazamiento forzado. Específicamente, ha señalado que las mujeres y niños y niñas se encuentran en una situación de vulnerabilidad acentuada, lo que exige al Estado tomar medidas especiales. Respecto a los pueblos indígenas, esta vulnerabilidad se acrecienta por la especial relación que tienen los pueblos con las tierras de las cuales han sido desplazados. (pág. 11 del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 3: Desplazados)

Este Tribunal ha establecido que en razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

entendida como una condición de facto de desprotección. Esta situación, conforme a la Convención Americana, obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis las actuaciones y prácticas de terceros particulares (Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, par. 174).

En este sentido, la Corte IDH ha señalado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias, para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales.

Por otro lado, la Corte IDH ha sostenido que los mencionados Principios Rectores establecen obligaciones para los Estados relativas al regreso, al reasentamiento y la reintegración de los desplazados internos, inter alia: *Principio 28.1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. [...]. Principio 28.2. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración. [...]. Principio 29.2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la*

obtingan. (Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrs. 175 y 176).

También la Corte IDH ha considerado que la libertad de circulación se encuentra vulnerada, por la existencia de una grave restricción de facto, originada en las amenazas y hostigamientos que han provocado la partida del grupo desplazado, así como por el temor fundado generado por todo lo ocurrido a los miembros de la comunidad, aunado a la falta de investigación y enjuiciamiento de los responsables de los hechos, lo que los ha mantenido alejados del lugar de origen. Ello así, aunque no conste una restricción formal de la libertad de circulación y de residencia (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, p. 150).

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provistas los medios que permiten ejercerlo. Un ejemplo de lo anterior ocurre cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales. Asimismo, la Corte ha indicado que la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado (Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, par. 166). También, la Corte IDH ha afirmado que el desplazamiento forzado, la fragmentación familiar y el desarraigo cultural sufrido, se liga directamente con las vulneraciones a los derechos de circulación y de residencia y la protección a la familia y de los niños, por lo que se violan los artículos 22, 17 y 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

e) El desplazamiento interno y los pueblos indígenas.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La situación de vulnerabilidad se ve especialmente agravada cuando el desplazamiento interno es padecido por comunidades indígenas. En este supuesto, el desplazamiento forzado no afecta solo a los derechos individuales sino al derecho a la supervivencia de la propia comunidad y la cultura del grupo étnico. En efecto, la Corte IDH ha resaltado esta gravedad en función del particular y estrecho vínculo de la comunidad -que es una unidad de organización social asentada en un determinado espacio geográfico con un sistema de autoridades propias y con un entramado de relaciones económicas, culturales y religiosas tradicional- con las tierras tradicionalmente ocupadas. La conexión con la tierra es fundamental y constitutiva de la vida comunitaria y social, por lo que “el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual” y pone en riesgo la propia supervivencia étnica comunitaria. (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, p. 145).

Se ha sostenido, en un caso de litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos, que, “[E]sa pérdida [cultural] es incuantificable[, ya que] en muchas familias significó autoprohibirse [...] no hablar el idioma, no utilizar su traje, no decir de dónde es, no decir quién es papá, quién es mamá, ocultar hasta la identidad y ocultar el apellido, porque hablar del apellido indígena significaba la muerte inmediata” (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 3: Desplazados, págs. 20/21).

En consecuencia, conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, el Tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”, por lo

cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación. (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, p. 147). En el mismo sentido, la Corte IDH se ha expresado en Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr.177.

f) La reparación del desplazamiento interno.

La Corte IDH, en casos referidos a población desplazada, ha señalado que considerando las circunstancias en que se desplaza a la población de sus territorios, se debe presumir el daño material, facilitando la prueba a las víctimas. Por otra parte, ha dispuesto como medidas de reparación, programas de vivienda, salud y restitución de tierras, y ha señalado que el Estado tiene la obligación de disponer todas las medidas que sean necesarias para que la población pueda regresar de manera segura a los territorios de los cuales fue desplazada. En las sentencias de los casos Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004 y Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, la Corte IDH ordenó, a modo de reparación, la implementación a favor de los miembros desplazados de la comunidad indígena, de un programa habitacional de vivienda adecuada y de programas de prestaciones de salud y de atención psicosocial adecuados. (Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013)

En otro caso, la Corte IDH, con base en las dificultades o imposibilidad de realizar el regreso al lugar de origen, por razones de temor, sostuvo que “el Estado deberá disponer de los recursos necesarios y suficientes para procurar que las víctimas de



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

desplazamiento forzado puedan reasentarse en condiciones similares a las que se encontraban antes de los hechos en el lugar que ellas libre y voluntariamente indiquen”. (Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, p. 404 y, en el mismo sentido, Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 pág. 345).

Por otra parte, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de garantía para el Estado de origen de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también proveer las condiciones necesarias para facilitar un retorno voluntario, digno y seguro a su lugar de residencia habitual o a su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración. (Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, p. 167, el subrayado nos pertenece).

IV. El derecho al territorio de las comunidades indígenas como sujeto colectivo de derecho.

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 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”¹², 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

¹² C. 2124. XLI. Recurso de hecho. Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo.

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

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 Convención¹³.

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

¹³ 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.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

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 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.

El Convenio 169 de la OIT integra el sistema normativo nacional, con jerarquía superior a las leyes por tener carácter de tratado internacional, en los términos del artículo 75 inc. 22 in fine de la Constitución Nacional. Fue ratificado por el Congreso Nacional mediante la ley 24071 -B.O. del 24/04/1992-, pero rige desde el 3 de julio de 2000, cuando el Poder Ejecutivo Nacional hizo el depósito previsto.

V. La situación de vulnerabilidad social originada en la afectación al territorio y las dificultades de desarrollo de la vida comunitaria.

El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación realizó una visita al lugar de residencia de la comunidad, ubicado a la altura del km. 40 de la Ruta Nacional N° 2, en la localidad de El Peligro el día 1° de septiembre del corriente año, oportunidad en la que tomó contacto en forma directa de la situación social y económica de sus miembros.

Si se tiene en consideración el marco normativo aplicable al caso desarrollado previamente, sumado a la información que surge de los diversos informes socio-ambientales de la comunidad, además del encuentro con miembros de la comunidad en uno de los asentamientos ubicado en el barrio El Peligro, es claro que sus miembros se encuentran en una situación de vulnerabilidad extrema por diversos motivos.

Principalmente, por haber tenido que trasladarse forzosamente de su tierra y territorio ancestral con todo lo que implica económica, moral pero sobre todo comunitariamente la dispersión de sus miembros;

luego, las grandes dificultades que se presentan en el terreno que habitan en la actualidad.

Allí, no cuentan con seguridad jurídica en la tenencia y posesión del territorio, ni con el espacio necesario para llevar adelante su vida comunitaria.

Es importante señalar, que la dispersión de los miembros de la comunidad, en tres grandes grupos, en distintas y alejadas localidades, agravada la distancia por falta de transporte público adecuado que las aproxime, no sólo impide reeditar su vida como grupo miembro de una comunidad indígena, sino que limita la transmisión de saberes y costumbres a las futuras generaciones privando vivir de acuerdo a sus raíces indígenas.

Entonces como resultado de este desplazamiento de carácter forzado, se vieron obligados a aprender nuevas técnicas de cultivo, de productos extraños (textualmente XXXXXX XXXXXX dice “no sabía lo que era la rúcula”), y a adoptar nuevas formas de relacionarse entre los miembros de la comunidad, ahora fragmentada y dispersa, en territorios alejados y con las instituciones, escuelas, hospitales, etc. Como consecuencia de ello, el desarrollo individual y colectivo con perspectiva comunitaria, se ve afectado ya que los miembros de la comunidad deben ocuparse principalmente de cuestiones vinculadas a la supervivencia básica. Por un lado, las largas jornadas de trabajo de los miembros adultos de la comunidad, no permite tiempo de esparcimiento. Por otro lado, la falta de un espacio común, donde reunirse, contribuye a la pérdida de sus costumbres ancestrales, y al desarrollo comunitario al que estaban acostumbrados, toma de decisiones de forma colectiva, celebraciones guaraníes, costumbres que lograron superar los siglos de hostigamiento, segregación, asimilación y discriminación. Cabe destacar, la situación de extrema vulnerabilidad socio-económica de las familias que componen la comunidad. Como grupo comunitario, se encuentran dispersos territorialmente a más de una hora en transporte público, lo que provoca, el debilitamiento de los tradicionales mecanismos de solidaridad intracomunitaria, no operando de forma correcta,



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

fortaleciendo nociones, conceptos y conciencia más del tipo individuales en detrimento de otras colectivas y comunitarias.

De ese modo, la falta de efectivización de sus derechos territoriales, conlleva una vulneración de los derechos básicos. Por ese motivo, es fundamental, garantizar que se cumplan las obligaciones estatales en relación con los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ya que de esa forma, se brindará una garantía para que la comunidad encuentre herramientas y continúe su desarrollo respetando sus pautas culturales y tradicionales, que representan la base de su continuidad como pueblo indígena.

VI. El derecho de los pueblos indígena al otorgamiento de otras tierras adicionales, aptas y suficiente para su desarrollo adecuado.

El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional brinda protección normativa a las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas y además dispone “regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”, cuya posesión será ejercida, en ambos supuestos, bajo las mismas condiciones de prohibición de su enajenabilidad y transmisión, sin que sean susceptibles de gravámenes o embargos. Estas disposiciones, conforme a su vez se desprende de los distintos proyectos de los legisladores de la asamblea nacional constituyente de 1994, tuvieron como fuente invariable el Convenio 169 de la OIT, el cual también prevé la asignación de tierras adicionales¹⁴.

La obligación estatal prevista en el art. 75 inc. 17, en lo relativo a la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, es una forma de garantizar el ejercicio adecuado del derecho al territorio, y debe ser interpretado a la luz de lo prescripto en el artículo 14 (3) del Convenio 160 de la OIT, cuando señala que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. Pero en este caso, el

¹⁴ Conforme “Propiedad Indígena” de Jorge Alterini y otros, pág. 151, Ed. de la UCA, 2005.

supuesto previsto no hace referencia al territorio comunitario tradicional y ancestralmente ocupado por el pueblo indígena, sino de otras diferentes que, con la finalidad de garantizar su desarrollo y supervivencia étnica, el estado deba entregarles. Ello, con la finalidad de procurar evitar profundizar el daño producido por el despojo de su territorio originario, con el sufrimiento socioeconómico y el riesgo grave de extinción étnica.

La supervivencia de la comunidad indígena, a partir de garantizar su vida económica, social y cultural, es el bien jurídico a proteger, en los términos del artículo 4 del Convenio 160 de la OIT. Este señala que:

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Por eso, se ha dicho que:

“la asignación de tierras se debe entender no sólo como parte de las políticas de desarrollo económico sino fundamentalmente con la finalidad de proteger y desarrollar la identidad colectiva. De allí que, la entrega de tierras adicionales resulte una obligación cuando ella se precisa para salvaguardar la cultura de los pueblos indígenas (artículo 4 del Convenio). El acceso al crédito no puede ser discriminatorio en perjuicio de los pueblos indígenas. El otorgamiento de los medios es además obligatorio para los estados cuando ello resulta necesario para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4)”¹⁵.

La aceptación del derecho al otorgamiento de tierras adicionales lleva incluso a admitir la posibilidad de variadas formas de su ejercicio.

¹⁵ Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino / Juan Manuel Salgado; María Micaela Gomiz; -2a ed- Neuquén, 2010.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Según Jorge Alterini, Pablo Corna y Gabriela Vázquez, en referencia al artículo 4 del Convenio 169 de la OIT,

“[l]a amplitud del vocablo `asignación`, a diferencia del expreso reconocimiento del derecho de propiedad por el Art. 14 inciso 1, no desecha explícitamente que la referida asignación, si bien puede ser en propiedad, también pueda serlo mediante un derecho de utilización de contenido menor. Tampoco la Convención impone expresamente que la asignación sea sin contraprestación alguna de la comunidad beneficiaria ... al preceder la mención a la asignación de tierras adicionales con el lineamiento general de que el programa agrario, deberá garantizar `condiciones equivalentes` a las que disfruten otros sectores de la población. No ocultamos que se satisfacen mejor las finalidades de la Convención con la asignación gratuita, pero sus términos no descartan la posibilidad de que los Estados adopten una política distinta”¹⁶.

También, la CSJN, en el caso “Dino Salas”¹⁷, expresó, en relación a la relación de la actividad jurisdiccional de los jueces con las atribuciones de los otros poderes estatales, 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).

VII. Los derechos de los niños, niñas y jóvenes indígenas.

La protección de los derechos de los niños, niñas y jóvenes indígenas tiene regulación en diferente normativa. La Corte IDH ha establecido que las violaciones alegadas a otros artículos de la Convención Americana, en las que los niños y niñas sean presuntas víctimas,

¹⁶ “Propiedad indígena” de Jorge Alterini, Pablo Corna y Gabriela Vázquez, Ed. de la UCA, 2005, Bs. As., pág. 107.

¹⁷ 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.

deberán ser interpretadas a la luz de los derechos de la niñez. Esto implica que el artículo 19 de la Convención Americana, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños y niñas en otros instrumentos internacionales aplicables.

La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN en adelante- es uno de los instrumentos más importantes del derecho internacional de los derechos humanos que legisla sobre los niños indígenas. Si bien a ellos les corresponden los derechos establecidos a favor de todos, a partir de lo dispuesto en su artículo 30, la CDN reconoce una especificidad en la protección integral de sus derechos cuando dispone:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

El interés superior del niño indígena requiere una particular atención, ya que se concibe, al mismo tiempo, como un derecho colectivo y como un derecho individual. De acuerdo con este principio, los niños tienen derecho, cuando las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos adopten decisiones, a que tomen aquéllas que aseguren la máxima satisfacción posible de sus derechos y la menor restricción de ellos. Es decir, que las medidas se funden “en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹⁸, tendiente a su desarrollo integral.

Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y

¹⁸ Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia¹⁹. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene señalar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. Por eso es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña²⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó especialmente la condición de víctimas de los desplazamientos internos de los niños y niñas, y refirió que a este grupo se aplica la noción de “interseccionalidad” por las “múltiples formas de discriminación, entre las cuales están “su condición de desplazados, su género, etnicidad y su condición de niñez”²¹. Así como también señaló que debe haber diferenciaciones respecto: a los niños y las niñas: prevaleciendo su interés superior, el respeto de su dignidad, el principio de no discriminación, el derecho de participación, el respeto de sus opiniones en el proceso de diseño e implementación de las medidas de reparación, para asegurar que puedan gozar de educación y un estándar de vida adecuado que les permita alcanzar su desarrollo pleno como seres humanos.

Conclusiones

¹⁹ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, párr. 48.

²⁰ Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, par. 325 y ss.

²¹ Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, par. 308.

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 (*ius cogens*).

Por otro lado, las respuestas estatales tendientes a la solución del conflicto generado por el desplazamiento interno forzado de los miembros de la comunidad guaraní, deben ser enmarcadas en las definiciones y obligaciones existentes y exigibles al país, provenientes de los derechos de los pueblos indígenas y el derecho de los desplazados internos forzosos, contra la intolerancia étnica y cultural, y con pleno respeto a la diversidad cultural.

La violación a la identidad cultural trae como consecuencia el grave riesgo de afectar la supervivencia étnica de la comunidad indígena, por afectación a su territorio, cultural y sistema de vida colectiva en general.

Este informe fue elaborado por: Javier Azzali, Paula Barberi, Bárbara Carlotto y el suscripto, todos integrantes del Programa de Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, en Buenos Aires a los veintidós días del mes de septiembre de 2017.-.

SEBASTIAN TEDESCHI
SECRETARIO LETRADO DGN
COORDINADOR DEL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA