



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

DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO SOBRE
EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE
ADECUADO Y EL DERECHO A LA POSESIÓN Y PROPIEDAD
COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

USO OFICIAL

El presente tiene por objeto exclusivo emitir una opinión técnica jurídica acerca del derecho al acceso a la justicia culturalmente adecuado y el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, a fin de ser presentado en el marco de la causa “Expediente XXXXXXXXX RECURSO DE APELACION EN XXXXXXXXXXXX ACCION REIVINDICATORIA XXXX XXXXX XXXXXXXX (HOY SU SUCESION) C/ BUSTAMANTE CARLOS CIPRIANO; XXXXX XXXXX”, de último trámite ante la justicia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de XXXXX, a solicitud de las autoridades comunitarias de la “Comunidad Aborigen XXXX XXXXX – Pueblo Kolla” -con personería jurídica reconocida por Res. RENACI/INAI-, 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.

1. 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.

2. El derecho a la propiedad como derecho humano de los pueblos indígenas y su relación con el Código Civil y Comercial de la Nación.

En forma previa corresponde realizar consideraciones sobre el derecho a la propiedad como derecho humano de los pueblos indígenas y su relación con el derecho privado, es decir el Código Civil y Comercial de la Nación, por constituir el conjunto de normas que regulan la materia sobre la cual versa el asunto litigioso en los auto, cuya interpretación se requiere para su dilucidación. El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional dispone: *"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."* Y el art. 75 inc. 19, el deber de proveer a *"la identidad y pluralidad cultural"*. El Convenio 169 de la OIT consagra y regula la posesión y propiedad



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

indígena, con estatus supralegal en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN.

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

Esta norma, como opina la doctrina¹, “permite articular las disposiciones constitucionales con la actuación de las comunidades indígenas en el campo de las relaciones civiles”, en tanto regulación de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Este campo regulatorio se integra en la actualidad, por el mencionado art. 18 del CCyCN, los arts. 1 y 2 y 7 a 8 de la ley 23302, que prevén el acceso a la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y en su art. 7, la adjudicación en propiedades de tierras “según las modalidades propias de cada comunidad” (art. 7), así como el supuesto de que la adjudicación de tierras “podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares” (art. 7).

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

Así, concluye que “las normas de la Carta Magna y de la ley especial constituyen un sistema que comprende buena parte de la temática de los pueblos originarios. El Código Civil se ocupa de un aspecto, que es la posibilidad de actuación de estos pueblos dentro del Derecho Privado”.

¹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo Lorenzetti Director, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, pags. 83 y ss.

Ahora, en materia de interpretación de la ley, el artículo 2 del CCyCN dispone que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

De esta manera, la interpretación de las normas relativas al derecho privado, en particular a los derechos reales, debe contemplar al menos dos exigencias. Por un lado, la de adecuarse y respetar con especial consideración los derechos constitucionales consagrados en los arts. 14, 17, 28 y 75 incs. 17 y 19, y las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en función de su condición de supralegalidad. Y por el otro, la necesidad de contemplar y armonizar con aquellas disposiciones especialmente previstas para regular la materia indígena, la protección de la posesión las tierras que ocupan, sea en forma colectiva como individual –como dice la oración señalada del art. 7 de la ley 23.302 - y el acceso a la propiedad.

Finalmente, resulta también relevante tener en cuenta que, como bien advierte la doctrina, si bien el Anteproyecto avanzaba en la regulación de la propiedad comunitaria, en el art. 9º de la ley 26.994, de sanción del CCyC, se dispuso que “*los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial*”². Por lo cual, hasta tanto ello ocurra y se establezca un procedimiento especial cualquier interpretación judicial relativa a la posesión y propiedad indígena, debe someterse a un riguroso test de razonabilidad y de exigibilidad de adecuación a los derechos de los pueblos originarios.

3. 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.

² Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Autores Varios - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, p. 47.



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

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 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 del a OIT –con jerarquía supralegal, en virtud del art. 75 inc. 22 y ley N° 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 primer lugar, cuando se habla de tierra y territorio, debe tenerse presente que la utilización del término tierra es amplia. Es decir, 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)

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.”

A su vez, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han fijado progresivamente estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas 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 propiedad comunal 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 (...”).

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(...) 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” .

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 incorporales, se encuentran comprendidos en la protección consagrada por el artículo 21 de la Convención Americana. (Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay; Caso de la Comunidad



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

Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, y Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, Xakmok Kasek vs. Paraguay, entre otros).

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” 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”.

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. En aquellos casos en que

la comunidad por causas ajenas a su voluntad se viera impedida de gozar de su territorio comunitario tradicional, tendrá derecho a obtener uno semejante ya que ello será lo que permita y garantice su supervivencia y desarrollo de la vida comunitaria.

Este aspecto es fundamental, ya que en muchos casos las comunidades se ven obligadas a abandonar sus territorios por factores ajenos a su voluntad, que incluyen numerosas variables, desde el avance de la explotación agrícola-ganadera o forestal, hasta la instalación de empresas que exploran o explotan recursos naturales, o simplemente por causas naturales como en el caso de sufrir inundaciones. Esas comunidades, merecen una especial protección ya que al no contar con su territorio tradicional, se encuentra en riesgo su desarrollo y modo de vida comunitario.

Por ese motivo, en materia de derechos territoriales indígenas se menciona la obligación estatal de garantizar otras tierras aptas y suficientes, ello en virtud del art. 75 inc. 17 y demás normativa mencionada precedentemente.

4. El acceso a la propiedad como derecho fundamental y el derecho a la vivienda.

El sistema interamericano de derechos humanos ha ampliado el concepto de propiedad para reconocer diversas formas de propiedad, como la indígena, mucho más amplias que la concepción civilista jusprivatista (conf. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 9 del voto razonado de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli; Acosta Magdalena, Mariel, El derecho de propiedad inmueble en Argentina desde una revisión crítica y de derechos humanos. Aportes para una reformulación, Universidad de Lanús, 2015).

El artículo 17 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de propiedad como un derecho inviolable, valorado desde la protección del bien jurídico, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho a la propiedad” (art.17.) Ello implica un cambio en la interpretación puesto que,



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

además del derecho clásico de propiedad como derecho que cuida y protege el bien jurídico en cuestión, existe un derecho a la propiedad cuya finalidad es amparar el derecho de todas las personas de acceder a la propiedad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, reconoce el derecho de toda persona “al uso y goce de sus bienes” (art. 21). La Declaración Americana de los Derechos del Hombre señala que la protección a la propiedad se condice con la protección de los bienes que configuran una vida digna. Así, establece que “toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar” (art. XXIII).

En este sentido, la incorporación de los tratados de derechos humanos implica el reconocimiento de un sentido diferente a la propiedad que involucra el uso y goce de los bienes.

En el caso Masacres de Ituango (2006), la Corte IDH acercó un concepto de propiedad en cuanto derecho humano, tomando una concepción de la Corte Constitucional Colombiana (1992): “La Corte quiere asimismo evidenciar que el derecho a la propiedad privada es un derecho humano cuya vulneración en el presente caso es de especial gravedad. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna” (conf. Corte IDH, Caso Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 181).

El reconocimiento amplio de la propiedad establecido en los tratados internacionales y conjugado bajo el principio *pro homine* es la interpretación que se volcó en los artículos 1 y 2 del nuevo Código Civil y Comercial, que a diferencia de su predecesor reconoce como fuente del derecho privado al plexo normativo constitucional y establece que la ley deberá ser interpretada teniendo en cuenta el derecho emanado del mismo, de un modo coherente con todo el

ordenamiento. La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos amplió también la protección al derecho de posesión. En efecto, en el Caso Tibi (2004) la Corte IDH entendió que el art. 21 de la CADH protege el derecho de propiedad en un sentido que también comprende la posesión de los bienes (párr. 218).

Este panorama normativo permite evidenciar en qué medida el ejercicio de los derechos reales involucra a los derechos humanos. Por lo tanto, el modo en que los tribunales interpretan las condiciones bajo las cuales se ejercen los derechos reales resuena en los presupuestos institucionales de la vigencia de esos derechos y debe merecer la atención del Máximo Tribunal en tanto custodio último del marco constitucional y convencional. La propiedad, en cuanto derecho humano, se encuentra, así, vinculada con necesidades humanas fundamentales, y su falta o desmedro, puede conllevar distintas violaciones para los derechos humanos, entre ellos y el más afectado el derecho a la vivienda, a la vida y, en caso de familias con pertenencia étnica, a la supervivencia cultural por la pérdida de su relación material y simbólica con la tierra.

Esto también tiene que ser puesto en contexto. En Argentina solo algunos individuos disfrutan el derecho a la propiedad inmueble. Y respecto a las mujeres la distribución es aún más inequitativa. En el ámbito internacional existe una cifra, que se toma como referencia e indica que las mujeres poseen sólo el 1% de la propiedad en el mundo (United Nations (1980) “Report of the World Conference of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace”, Copenhagen, 14 to 30 July 1980, Nueva York: United Nations, A/Conf.94/35. “Aunque tan sólo se trate de una aproximación de la realidad, evidencia una clara desigualdad entre hombres y mujeres en la distribución de la propiedad. Esta desigualdad estructural en la distribución de la propiedad entre hombres y mujeres no tiene una única explicación y está íntimamente relacionada con el rol que la mujer ha ocupado y aún ocupa en la sociedad, el Estado y el mercado” (Tedeschi Sebastian; Tuliano Conde Romina; “Desalojos, vivienda y violencia contra las mujeres” en “Violencia de Género



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

Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres” Capítulo IV, pág. 117)

Por consiguiente, la pobreza, como acumulación de privaciones y dependencias, suele ir acompañada de violaciones de los derechos humanos y agravios de la dignidad humana; la plena dependencia de arbitrio de otros en materia económica, social, política y cultural da lugar a discriminación y socava la propia existencia humana. (E/CN.4/1994/19, El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva, Informe presentado por el Sr. Luis Valencia Rodríguez, experto Independiente, en el 25 de noviembre de 1993, párr. 173). Esta privación se agrava en caso de personas y familias con pertenencia étnica, por las razones antes dichas.

“El derecho a una vivienda adecuada “puede ser una parte integrante e importante del derecho de propiedad, la falta del mismo puede considerarse como privación de otros derechos humanos fundamentales como el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona” (Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 111).

Es por ello que existe un fuerte vínculo entre propiedad y vivienda adecuada, así como el reconocimiento de la existencia de abusos por parte de quienes resultan ser propietarios, ha sido también reafirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en su Observación General (OG) N° 4, recordándole a los Estados que: “Para que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción (...) muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a (...) c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de

discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas (párrs. 13 y 17).

En lo relativo a la especificidad étnica, el Convenio 169 de la OIT establece el derecho al acceso a la vivienda sin discriminación (art. 20 (d,c)), y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo 21 (1)), dispone que éstos “tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social”.

Frente a las negativas consecuencias que puede generar el derecho de propiedad sobre el derecho de vivienda es que “(...) los gobiernos deben prestar especial atención a los campesinos que carecen de tierra, los desempleados, los trabajadores migrantes, los refugiados, las comunidades indígenas, los ancianos, los enfermos, y otros grupos vulnerables; a la obligación legal de las autoridades locales de proteger a los ciudadanos contra la explotación de los propietarios incluido el hostigamiento de los inquilinos y la amenaza de desahucio; al mejoramiento de las condiciones higiénicas y ambientales”.

(Informe Experto Propiedad, 1994, párr. 326)

El derecho a la vivienda adecuada no incluye, ni implica necesariamente, el acceso a una propiedad. Sin embargo, la injusticia en la desigual distribución de la propiedad (que conlleva, la falta de acceso a la propiedad, en sus distintas formas, por un lado, y el abuso de la propiedad por el otro) genera condiciones para la vulneración de la vivienda adecuada, especialmente para determinados grupos y sectores, vulnerables y populares, y de ahí la vinculación estrecha que tienen derecho a la propiedad y derecho a la vivienda (Acosta Magdalena, Mariel; “El derecho de propiedad inmueble en Argentina desde una revisión crítica y de derechos humanos. Aportes para una reformulación”, Universidad de Lanús, 2015).



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

5. La ley nacional de Emergencia N°26160 de declaración de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas. La prohibición de realizar desalojos y la obligación estatal de relevar las tierras comunitarias.

En el año 2006, el Congreso de la Nación promulgó la Ley 26.160 (vigente en la actualidad por su prórroga reciente), cuyos aspectos fundamentales son, por un lado, declarar la emergencia territorial en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país (...), por el término de cuatro años (art. 1); suspender –por el plazo de la emergencia declarada-, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país (art. 2); y por otro, indicar que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) –durante los 3 primeros años- deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (...) (art. 3).

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

El mismo magistrado en el caso “Lemunao” sostuvo que debía suspenderse el trámite (interdicto de recobrar) mientras dure la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas. En los tribunales de primera instancia de esa provincia, también se han logrado sentencias favorables. Un ejemplo de ello es el caso de la comunidad Mapuche José Manuel Pichún, impulsado por la provincia de Río Negro y la empresa EMFORSA (sociedad con capital estatal rionegrino). La comunidad pidió el rechazo de la demanda debido a que se trataba de



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

tierras pertenecientes a la propiedad y posesión comunitarias y el Juez justificó la improcedencia de la acción de desalojo contra la posesión comunitaria indígena, basándose en que la posesión y propiedad comunitarias de los pueblos indígenas emanan de un derecho constitucional, no alcanzado por una acción personal de desalojo ni tampoco, en principio, por una acción reivindicatoria. Un aspecto fundamental, en relación con la interpretación de la Ley 26.160 se da al indicar que “la ocupación tradicional se presume siempre actual, subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena. El término “actual” utilizado por la norma infra-constitucional que estableció el relevamiento de las comunidades originarias a efectos de cumplir con el imperativo supralegal (artículo 2 de la ley 26.160) es simplemente una redundancia que no quita ni agrega nada al concepto constitucional que pretende reglamentar, porque la ocupación tradicional de la norma superior siempre debe reputarse actual”.

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

Por su parte, 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”³, la Corte expresó “tiene juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.

También, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado definiciones de importancia a considerar sobre la vigencia y alcance de la ley 26160, en oportunidad de fallar en el caso “Las Huaytekas”, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuración General de la Nación. En éste, se afirmó que el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley 26.160 le confieren un derecho a la comunidad indígena para repeler el desalojo de la parcela en disputa –que en el caso se pretendía en forma cautelar- promovido por el titular registral del inmueble, por medio de un interdicto de recobrar la posesión en el cual justamente se invocaba el título de propiedad inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En este contexto, cabe recordar que la ley 26.160 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país. Dicha norma fue sancionada en el año 2006 como norma de orden pública y prorrogada por las leyes 26.554, 26.894 y 27.400 hasta el 23 de noviembre de 2021. El artículo 2 de la ley suspende, por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, cuando la posesión sea actual, tradicional y pública. A su vez, el artículo 3 establece el deber del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas de realizar un relevamiento

³ C. 2124. XLI. Recurso de hecho. Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo.



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

técnico jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas.

Entre las razones que han venido justificando las prórrogas de la norma, se destaca que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en un informe realizado con motivo de una visita al país en el año 2012, alertó que "la grave inseguridad jurídica de las tierras indígenas se ve reflejada en el alto número de desalojos practicados a dichas comunidades".

De este modo, la ley 26.160 pretende evitar que se consoliden nuevas situaciones de despojo a fin de respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en aras de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado Nacional. El artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional consagra derechos específicos para estos pueblos entre los que se encuentra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (Fallos: 331:2119). Este derecho está reconocido también en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, "Caso Comunidad Mayagna de Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148).

También precisó la concepción de posesión indígena, en cuanto a la importancia especial que para la cultura indígena reviste su relación con las tierras y/o territorios y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Sobre esto, se expresó que el término tierras 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, como bien señala el artículo 14 del Convenio 169 OIT al reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. **El uso y la ocupación territorial indígena van "más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transpone, la cultura y otros fines"** (Comisión IDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", citado, párr. 40; Cone IDH, "Caso Comunidad Indígena

"Sawhoyamaxa vs. Paraguay", sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 120; "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 146).

En estas condiciones, **cualquier ejecución del desalojo, sea mediante un acto jurídico o administrativo, vulnera la ley 26.160, que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.**

Al respecto, la Corte Interamericana expresó que, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas, los Estados deben abstenerse de realizar "actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad" (Corte IDH, "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153). **Para nuestro sistema normativo, ello implica la necesidad de la implementación de la ley 26160 como parte esencial del proceso de delimitación y titulación de las tierras indígenas. Por eso,** cuando - como en el presente caso- existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, o haya habido invocación de estos derechos, **los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente.**

La relevancia e importancia de los valores en juego exige este tipo de precauciones y que, en cualquier caso, coloca al Estado en situación de cumplir con el mandato legal, recientemente renovado. Ello justamente es lo que pretende evitar la ley 26.160, que fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado. Bajo estas premisas,



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

el desalojo de cualquier grupo familiar indígena impediría el acceso al territorio indígena y a los medios naturales de subsistencia, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan.

6. El deber de garantizar el acceso a la justicia culturalmente adecuado y de considerar la situación de vulnerabilidad de las personas frente al proceso como principio general de orden público.

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

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).

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 respecto 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 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



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

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 costumbres 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....”.

También, una debida adecuación cultural del proceso exige la admisión del principio de autoadscripción o autoidentificación étnica, por el cual la identidad étnica de una persona y su pertenencia a una comunidad indígena se determina, principalmente, por lo que ella define de sí misma. Por eso, se ha establecido normativamente que se considera pueblos indígenas a aquellos que “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus

propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (art. 1.a, del C.169 OIT), mientras que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental” (art. 1.b, del C.169 OIT). La debida adecuación cultural también exige indagar en la identificación de la comunidad y la significación colectiva de la ocupación territorial, mediante el acercamiento/conocimiento del sistema de autoridades comunitarias. Esto, con fundamento en la normativa vigente en la materia, el art. 75 inc. 17 CN y el Convenio 169 OIT⁴, ya que la ocupación del territorio no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

7. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como el único órgano público técnicamente idóneo y legalmente encargado de constatar la posesión y propiedad comunitaria indígena.

Sentado lo hasta aquí expuesto, corresponde señalar entonces que resulta necesario llevar a cabo una diligencia culturalmente adecuada, para poder cumplir con la finalidad de constatar la ocupación de las fincas, ya que resulta evidente que, sin desmerecer la labor cumplida por la autoridad de paz local, corresponde recurrir a la autoridad pública técnicamente idónea para una tarea de esa naturaleza.

En este sentido, la autoridad pública idónea y encargada por mandato legal de la determinación y delimitación del territorio tradicionalmente ocupado por las comunidades indígenas es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.

A fin de sustentar esto, señalamos que el organismo mencionado fue creado por la ley 23.302 de 1985, a fin de velar por el cumplimiento y consecución de sus objetivos, entre ellos, la atención y el apoyo de los aborígenes y de las comunidades indígenas existentes en el país, su defensa y desarrollo para su plena participación en los procesos socioeconómicos y culturales nacionales, respetando sus propios valores y modalidades. A la vez, la mencionada ley 26.160 manda al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas la implementación del

⁴ El Convenio nro. 169 de la OIT fue aprobado por la ley 24071 y ratificado por Argentina en el año 2000 con jerarquía supralegal.



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

relevamiento de las tierras de ocupación indígena, el cual aún se encuentra en realización respecto de la región.

8. El deber de valorar el rol del peritaje antropológico en el proceso judicial

El peritaje antropológico es un instrumento poco conocido pero fundamental en cuando se trata de resolver situaciones de interculturalidad. Su aporte al proceso judicial proporciona al juzgador los elementos de ponderación necesarios para arribar a la solución del caso del modo más justo posible, de acuerdo al ejercicio de la sana crítica judicial, en consideración de la pluralidad cultural. Por tal motivo los procesos judiciales deben tomar en cuenta las prácticas normativas, culturales y los usos y costumbres de las personas involucradas al proceso, muy especialmente si se trata de sostener el reproche de conductas delictuales.

El peritaje cultural o antropológico tiene como objetivo brindar información al juzgador sobre la importancia que tiene la diferencia cultural en el entendimiento de un caso específico, de modo que, en casos en que se alega o plantean situaciones de diversidad cultural, o que se encuentre involucradas personas de una condición étnica diferente a la hegemónica, es imprescindible contar con esa información para un ejercicio adecuado de la sana crítica y el fundamento en las decisiones judiciales⁵.

De acuerdo al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT –de carácter supraregal en nuestro país y por ende de cumplimiento obligatorio para los operadores del derecho- el juez tiene la obligación de considerar la condición étnica del inculpado, para lo cual el peritaje antropológico es el método adecuado. Según los artículos 8 y 9 del citado Convenio deben tomarse “*debidamente en consideración los costumbres o derecho consuetudinario*” así como “*los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*”.

⁵ “El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural” Laura R. Valladares de la Cruz, Universidad Autónoma de México.

No se trata de justificar excepciones o privilegios, muy lejos de eso “no se está afirmando que se haga una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho contemple la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo prohibido o lo permitido⁶. Es decir, el peritaje antropológico aporta elementos imprescindibles para reconstruir el contenido y sentido particular de la voluntad del sujeto, cuyo significado se corresponde al contexto social, normativo y cultural de pertenencia étnica. De tal manera que tal peritaje constituye una pieza clave y de consideración obligatoria por parte del juzgador a la hora de ejercer la sana crítica y hacer valoraciones de reproche o liberación. Son casos en los que a la administración de justicia para arribar a una resolución fundada, requiere de una comprensión intercultural de situaciones, prácticas y comportamientos bajo esquemas y referentes cognitivos de las propias culturas étnicamente diferentes de las que emergen.

El peritaje antropológico contribuye esencialmente a la resolución de casos en los que el juzgador está obligado a ponderar situaciones de conflictos y diferencias de valor, así como pautas de comportamiento, que impliquen una reflexión intercultural. Dice Yuri Escalante que ello es así “ya que el especialista ha tenido la oportunidad de estudiar y analizar no sólo las culturas que se encuentran en interacción sino todo un universo conceptual y temático del campo de su trabajo, perspectiva que le posibilita teóricamente proporcionar mayores elementos para que el razonamiento de una autoridad sea objetivo” (ob. cit.).

En esta línea resulta útil la advertencia acerca del contenido del peritaje, en cuanto a la pertinencia de un objeto de estudio y trabajo preciso, concreto y claro, para evitar que su estudio se debilite y desvirtúe su propósito de puente intercultural para terminar incluso alimentando los prejuicios del juzgador. Justamente, el propósito esencial del peritaje debe ser despejar y superar cualquier prejuicio cuya existencia es previsible teniendo en cuenta la dimensión intercultural del caso. Como dice con acierto Yuri Escalante “no es la

⁶ ” Escalante B., Yuri (2002) La experiencia del peritaje antropológico. págs. 9 y ss., Sedesol-Instituto Nacional Indigenista, México.



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

cultura total lo que se está sometiendo a juicio sino individuos sujetos a motivaciones en circunstancias y modos particulares". Se trata en definitiva de atender a "la complejidad y necesidad que encierra valorar el grado de comprensión que puede existir entre la justicia y el inculpado cuando ambos pertenecen a matrices culturales y lingüísticas distintas" (p. 13 y ss. ob. cit.).

Finalmente, si existieran dudas acerca de la identidad étnica de la persona traída a proceso judicial, la cuestión no debe ser dilucidada por el juzgador sin recurrir a verificar el criterio normativo internacional de auto adscripción, mediante la pregunta directa al involucrado para develar su conciencia de identidad y pertenencia (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). Para el caso que persista el interrogante de modo fundado, podría, en respeto del mismo principio, recurrirse a la misma comunidad para que aportara su criterio de adscripción.

En definitiva el peritaje antropológico es una medida de importancia en el proceso judicial, para evitar reproducir estigmas de discriminación etnocéntricas en el sistema normativo y las decisiones judiciales, o resabios del prejuicio del concepto de atraso cultural o barbarie cultural que se les atribuye a la diversidad étnica.

Conclusiones

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

Por otro lado, la solución del conflicto existente que involucra una familia o personas con pertenencia a pueblos indígenas, deben ser

enmarcadas en las definiciones y obligaciones existentes y exigibles al país, provenientes de los derechos de los pueblos indígenas 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 propia familiar y la comunidad indígena, por afectación a su territorio, cultural y sistema de vida colectiva en general.

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2017.

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

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