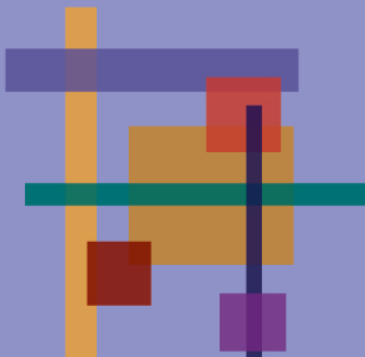


Acceso a la Justicia

de Niñas, Niños y Adolescentes
Indígenas

Criterios de actuación para una defensa
técnica adecuada



ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES INDÍGENAS

CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA UNA DEFENSA TÉCNICA
ADECUADA

Azzali, Javier Carlos

Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes indígenas: criterios de actuación para una defensa técnica adecuada / Javier Carlos Azzali y Paula Barberi. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría General de la Nación; Unicef Argentina, 2012.

136 p. ; 23x15 cm.

ISBN 978-987-22522-7-4

1. Derecho. 2. Derecho de Niños. I. Barberi, Paula II. Título CDD 323

Fecha de catalogación: 22/10/2012

ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES INDÍGENAS

CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA UNA DEFENSA TÉCNICA
ADECUADA

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora Pública Oficial a cargo de la Secretaría General de Política Institucional

Dra. María Fernanda López Puleio

Programa sobre Diversidad Cultural

Integrantes: Javier Azzali, Paula Barberi, Mariana Kohan y Andreea Parvu

UNICEF OFICINA DE ARGENTINA

Representante

Dr. Andrés Franco

Representante Adjunto

Dr. Ennio Cufino

Especialista en Protección a la Infancia y Adolescencia

Dra. Gimol Pinto

CONTENIDOS:

Programa sobre Diversidad Cultural

Corrección de Estilo:

Lic. Verónica Absi

COORDINACIÓN EDITORIAL

Subsecretaría de Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional. Defensoría General de la Nación

2012 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 - CP.1023

Ciudad de Buenos Aires

Contacto: diversidadcultural@mpd.gov.ar

Tirada: 1000 ejemplares

ÍNDICE

Agradecimientos	7
Prólogo	9
Presentación	11
Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas	13
Estudio sobre Acceso a la Justicia - 2010	14
Consideraciones generales de los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas	17
El Acceso a la Justicia y el rol de la Defensa Pública	17
Los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las niñas, niños y adolescentes indígenas	19
Derechos y garantías específicos de los pueblos indígenas en el proceso penal	25
Consideraciones acerca de la especificidad de la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas	29
Principios básicos para el efectivo disfrute de los derechos	32
El Decreto Nacional 278/2011 (prorrogado por Decreto 294/2012)	40
Protección de niñas, niños y adolescentes indígenas víctimas de delitos contra la integridad sexual	43
Protección de niñas, niños y adolescentes indígenas víctimas del delito de la trata de personas	49
La representación jurídica de niñas, niños y adolescentes indígenas	51
Cuestiones generales	51
La representación en casos vinculados con derechos de los pueblos indígenas	53

Estándares jurisprudenciales vinculados con la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas 59

Derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas en el ámbito nacional 59

Derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 62

Reflexiones acerca del rol de la Defensa Pública para la protección de los derechos de las personas y de niñas, niños y adolescentes indígenas 67

Algunas sugerencias para una atención adecuada de la Defensa Pública 68

Anexos 75

Resolución DGN N° 1290/08 77

Resolución DGN N° 1106/09 81

Resolución DGN N° 1305/2011 85

Artículos de la Constitución Nacional y Constituciones Provinciales 87

Decreto 294/2012 93

Nota de Página 12 95

Dictamen del Comité de Derechos Humanos (caso LNP) 99

Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño (2009) 113

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo se realizó gracias al Acuerdo de Cooperación celebrado entre UNICEF Argentina y la Defensoría General de la Nación. La actividad fue coordinada por la Secretaría General de Política Institucional, ámbito en donde funciona el Programa sobre Diversidad Cultural.

Aprovechamos este espacio para agradecer muy especialmente a los representantes de la Defensa Pública que intervienen en el ámbito federal y en las jurisdicciones provinciales de las regiones del Noroeste y Noreste respectivamente, y que participaron en los encuentros realizados en ciudad de Salta (18 y 19 de octubre de 2011) y Corrientes (1 y 2 de diciembre de 2011).

También destacamos la colaboración de la Dra. Romina Pzellinsky y del Dr. Darío Abdala, que brindaron valiosos aportes en los encuentros mencionados; así como la de los Dres. Juan Manuel Salgado y Silvina Zimerman, especialistas en derecho indígena, quienes participaron como expositores.

PRÓLOGO

UNICEF Argentina y la Defensoría General de la Nación encararon conjuntamente un proyecto para mejorar el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes, a través del fortalecimiento del rol de la Defensa Pública para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos, junto a la remoción de los obstáculos procesales que pudieren existir.

En ese marco, uno de los ejes ha sido garantizar el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes pertenecientes a comunidades indígenas, que involucra necesariamente la búsqueda de estrategias y buenas prácticas para la protección de sus derechos, con pleno respeto a su diversidad cultural y fundamento en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. Aquí se presta particular atención a la promoción de las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad étnica. Esta iniciativa fue coordinada por el Programa sobre Diversidad Cultural de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación y la Oficina de UNICEF Argentina.

Los encuentros desarrollados para el intercambio con Defensoras y Defensores Públicos Oficiales de Niños, Niñas y Adolescentes en materia penal y no penal –del fuero federal de varias jurisdicciones del país y también provinciales –, y la participación de especialistas en derechos de la niñez de los pueblos indígenas, aportaron importantes insumos para la elaboración del presente documento. Aquí intentamos consolidar las herramientas técnicas, conceptuales y prácticas que los Defensores Públicos necesitan al momento de preparar estrategias jurídicas para superar las dificultades que se presentan para reclamar el efectivo goce de los derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas.

A lo largo de la historia los miembros de las comunidades originarias han sido postergados en el ejercicio pleno de la ciudadanía y en la satisfacción de sus necesidades más básicas, y esa exclusión ha sido sufrida profundamente también por sus niños, niñas y adolescentes.

Aún en la actualidad, a pesar del avance normativo sobre el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y los de la infancia que ha

tenido lugar en el último cuarto de siglo, en el que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de estos pueblos y un amplio abanico de prerrogativas orientadas a su preservación, junto al reconocimiento de las niñas y niños como sujetos de derechos, sus facultades más fundamentales aun no son plenamente respetadas. La naturalización de la distancia establecida entre tal reconocimiento normativo y su realización concreta, ha operado como obstáculo para superar las situaciones de discriminación que sufren en diferentes ámbitos así como para lograr una sociedad que sea pluricultural, igualitaria y equitativa.

Para ello el conocimiento e intercambio de las experiencias directas de quienes se encuentran trabajando a diario en la defensa de los grupos más vulnerables, así como de las diferentes respuestas administrativas y jurisdiccionales que hayan obtenido en cada caso presentado, concurren a una mejor representación de la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas, niños y adolescentes indígenas, y por lo tanto para una mejor elaboración del adecuado abordaje a implementar para su superación. El avance hacia posibles formas coordinadas de acción de Defensores federales y provinciales a cargo de la Defensa Pública de las niñas y niños, así como de actores estatales y no estatales, con enfoque de equidad de género, constituye un recorrido necesario en ese camino.

En definitiva, con este documento aspiramos a brindar elementos conceptuales y técnicos prácticos que permitan a la Defensa Pública avanzar hacia distintas estrategias legales para realizar una mejor defensa y exigibilidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas y de su acceso a la justicia, reinterpretando el marco normativo de protección en un sentido transformador de las situaciones de discriminación histórica.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

Andrés Franco
Representante de Unicef en la
Argentina

PRESENTACIÓN

El presente trabajo fue realizado por el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. Nos basamos, para su elaboración, en la cartilla utilizada como guía durante la “Jornada de Capacitación sobre Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Indígenas”, en el marco del “Encuentro sobre Acceso a la Justicia y Exigibilidad de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: Estrategias y Prácticas de la Defensa Pública” organizado por UNICEF y la Defensoría General de la Nación.

Desarrollaremos los temas vinculados al acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNyA): en primer lugar, realizaremos consideraciones generales acerca de los derechos de los pueblos indígenas, después, presentaremos consideraciones específicas respecto de la protección integral de las NNyA indígenas. También, incluimos dos apartados específicos sobre las NNyA indígenas víctimas de delitos contra la integridad sexual y de trata de personas. Finalmente, haremos referencia a la cuestión de su representación jurídica, al rol de la Defensa Pública y a una síntesis de estándares jurisprudenciales en la materia. Por último, se agrega en la sección final una serie de anexos relativos a los temas tratados a lo largo del presente trabajo.

Programa sobre Diversidad Cultural
Secretaría General de Política Institucional
Defensoría General de la Nación, 2012

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Entre las atribuciones del Defensor General de la Nación se encuentra la de “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos” y “promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso de la justicia de los sectores más discriminados” (cfr. art. 51, inc. *d* y *e* de la Ley Orgánica del Ministerio Público -LOMP-). Al tener en cuenta las razones de especificidad del abordaje para la defensa integral de los derechos, en el ámbito de la Defensoría General de la Nación se han creado comisiones y programas especiales, como la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes y el Programa sobre Diversidad Cultural, que apuntan a brindar apoyo al defensor público en su ámbito concreto de actuación.

El Programa sobre Diversidad Cultural se creó en el año 2008¹ y su objetivo principal es promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural, operando como estructura de apoyo a la labor de los defensores públicos de la Institución. Dadas las necesidades existentes relacionadas con la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas del país, se dispuso que el programa piloto dé prioridad a las actividades encaminadas a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas².

13

¹ Véase Anexo I – Resolución DGN° 1290/2008 (Creación del Programa).

² Rodolfo Stavenhagen es un antropólogo mexicano que define a los pueblos indígenas: “como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.” Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas”, en Derechos humanos de los pueblos indígenas, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2006, p. 25.

Desde su creación, se han iniciado actividades orientadas a:

- Fortalecer las capacidades de los defensores públicos para brindar protección a los derechos de los pueblos indígenas.
- Prestar colaboración a los defensores públicos en casos vinculados con derechos de los pueblos indígenas.
- Realizar actividades de capacitación y difusión de derechos.
- Efectuar el seguimiento de los planteos realizados por comunidades indígenas ante el MPD.
- Establecer vínculos con los actores (gubernamentales y no gubernamentales) involucrados en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y con los representantes de pueblos originarios de nuestro país.

Estudio sobre Acceso a la Justicia - 2010

Durante 2010, desde el Programa se realizó un estudio sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas que contó con la participación y colaboración de líderes y lideresas indígenas, defensores públicos federales y provinciales, abogados particulares, e instituciones públicas como el INADI, la Secretaría de DDHH, la Defensoría del Pueblo de la Nación y varias ONG.

14

Este diagnóstico permitió sistematizar y clasificar, de alguna manera, diferentes situaciones relacionadas con los obstáculos observados, así como también algunas experiencias exitosas. Teniendo en cuenta el valioso esfuerzo colectivo para su realización, desde el Ministerio Público de la Defensa se toma a este estudio como un punto de partida para todas aquellas acciones orientadas a fortalecer la defensa de los pueblos indígenas y, de ser posible, debilitar o remover los obstáculos observados.

En esta oportunidad, y sólo a modo de realizar un repaso general sobre los resultados obtenidos, podemos diferenciarlos en:

Obstáculos procesales:

- La falta de peritos especializados en materia indígena;
- La extensa duración de los procesos judiciales;
- Las dificultades en el cumplimiento efectivo de las sentencias;
- La escasez de abogados especializados en derechos de los pueblos indígenas;

Obstáculos estructurales y culturales:

- La distancia física entre los servicios de justicia y el lugar de resi-

dencia de las comunidades indígenas;

- La falta de personal con orientación social que pueda contribuir al relevamiento de la situación;
- La inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena;
- La ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de comunicación adecuada;
- Desconocimiento de los lugares y/o ámbitos adonde deben acudir por información;
- Desconfianza en el poder judicial a causa de diferentes motivos, pero en especial por la discriminación sufrida históricamente.

Durante el estudio, también encontramos un desarrollo de experiencias positivas; en el sentido de procurar avances en el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas mediante sentencias judiciales.

- La identificación de organismos públicos involucrados que comprenden la necesidad de un abordaje integral de la problemática y actúan mediante la articulación con otras instituciones;
- La creación de áreas y/o programas dentro de organismos públicos, que buscan generar condiciones para el respeto de la diversidad cultural en general, y de la realidad indígena en particular.

CONSIDERACIONES GENERALES DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS

El Acceso a la Justicia y el rol de la Defensa Pública

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que consiste en las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas¹.

Este derecho representa un pilar fundamental en toda sociedad, en tanto se relaciona con el principio constitucional de igualdad ante la ley. El Estado debe organizarse de manera que todos los individuos puedan acceder no sólo a los recursos judiciales, sino que además siempre encuentren el modo de reclamar por sus derechos ante la autoridad gubernamental que corresponda. La Constitución Nacional, en su artículo 18, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) garantizan expresamente el derecho a un recurso efectivo para reclamar el goce real de los derechos.

17

Este reconocimiento implica la existencia de obligaciones estatales positivas para hacerlo efectivo debido a que, de lo contrario, se incurriría en responsabilidad internacional. Por ello, el Estado debe actuar para lograr que todas las personas cuenten con posibilidades reales de reclamar y defender sus derechos ante los órganos jurisdiccionales competentes, lo que involucra directamente al rol de la Defensa Pública.

En las “Garantías para el acceso a la justicia, el rol de los defensores públicos oficiales” (Asamblea General, Resolución 2656 XLI-O/11), el 7 de junio de 2011 la Organización de los Estados Americanos, afirmó que “el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen

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

sido desconocidos o vulnerados”, y resaltó “la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”².

Con especial mención a los derechos que asisten a los pueblos indígenas, el artículo 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo expresa:

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. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Mientras el art. 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen parámetros generales para garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias étnicas y/o culturales tienen dificultades especiales para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia. Además, señalan las siguientes pautas que los Estados deben respetar con relación a los integrantes de comunidades indígenas:

- Propiciar la posibilidad de que las personas que quieran realizar un reclamo puedan contar con asistencia legal (técnico-jurídica) antes de realizar el pedido y durante la tramitación del reclamo en las distintas instancias (en materia penal y no penal, así como también en los trámites administrativos y judiciales);

² Véase Anexo III de este trabajo. Res DGN N° 1305/2011 - Resolución 2656 de la Asamblea General de la OEA sobre el Rol de los defensores públicos oficiales. Garantías para el acceso a la justicia.

- En los casos en que no puedan afrontar los gastos del servicio con sus propios recursos, la asistencia debe ser gratuita;
- Debe garantizarse la asistencia de un intérprete en los casos en que no se conozca el español, y priorizarse el derecho a expresarse en su propio idioma;
- Información procesal o jurisdiccional: debe ser debidamente informado sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial;
- En los actos judiciales deberá respetarse la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de los pueblos indígenas;
- En los actos judiciales en los que participen niños, debe tenerse en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todos los casos los actos deberán celebrarse en una sala adecuada, deberá facilitarse la comprensión utilizando un lenguaje sencillo y deberán evitarse todos los formalismos innecesarios;
- En lo que se refiere específicamente a las NNyA –a los que también les corresponden las pautas anteriores– se debe proteger su intimidad y no permitirse la toma y difusión de sus imágenes.

En nuestro país, existen distintos mecanismos que tienen como finalidad posibilitar el acceso a la justicia de todos los individuos.

19

El Ministerio Público de la Defensa tiene como función garantizar la defensa en juicio de toda persona involucrada como imputada en un proceso penal, así como también brindar asesoramiento, asistencia y patrocinio jurídico gratuito en materia no penal a las personas que lo soliciten y que invoquen y justifiquen pobreza en especiales condiciones de vulnerabilidad. Asimismo, debe asumir la representación en juicio de quienes se encuentran ausentes si se requiere la defensa de sus derechos (arts. 25 inc. k y 60 de la LOMP, N° 24.946), así como la de las NNyA, conforme lo dispuesto por el artículo 54 de esta ley, en función del artículo 59 del Código Civil que establece el ejercicio de la representación promiscua de las personas menores de edad.

A su vez, teniendo en cuenta que el Ministerio Público de la Defensa tiene entre sus funciones “promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados” (art. 51, inc. e, Ley 24.946), se ha dispuesto la creación y puesta en funcionamiento de diferentes áreas de promoción y ejecución de acciones para la protección de esos grupos en condiciones de vulnerabilidad, que operan como estructura de apoyo a la labor de los defensores públicos.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las niñas, niños y adolescentes indígenas

Los derechos humanos de los pueblos indígenas están previstos en diferentes normas del sistema jurídico nacional e internacional: el artículo 75 inc. 17 CN, las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), convenios internacionales con valor supralegal, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (o Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 24.071 y depositado por nuestro país en Ginebra el día 4 de Julio del año 2000) y el Convenio sobre Diversidad Biológica (Ley 24.375); las leyes nacionales 23.302 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades y la 26.160 (y leyes modificatorias) de Emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena, entre las más importantes; además de las normas de las constituciones provinciales y las leyes locales correspondientes.

El Convenio 169 de la OIT promueve el respeto por las culturas, los estilos de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Los reconoce como elementos importantes de sus respectivas sociedades nacionales con su propia identidad, estructuras socioeconómicas y tradiciones orales. Reconoce que estos pueblos tienen derecho a participar en los procesos de toma de decisiones que les conciernen y que su contribución es valiosa para el país en el que viven. Se destaca el hecho de que esta convención reconoce explícitamente la importancia de la tierra para los indígenas y su derecho a participar en el uso, la administración y la conservación de los recursos naturales. El Convenio 169 reconoce un sujeto colectivo de derecho, de modo que sus miembros individuales puedan ejercer sus derechos en tanto se identifiquen como parte integrante de la colectividad y que las decisiones se adopten de forma colectiva³.

Las NNyA participan de todos estos derechos colectivos en la medida en que son integrantes de la comunidad, lo que ha sido reconocido en el Informe provisorio del Estudio sobre los Pueblos Indígenas y el Derecho a Participar en la Adopción de Decisiones, del 17 de mayo de 2010, cuando señala: La participación es también uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). El artículo 12 afirma que los niños, tanto individual como colectivamente, tienen derecho a

3 Cfr. Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 comentado y anotado, Neuquén, Universidad Nacional del Comahue, 2006, págs. 35 y 37

participar en la adopción de las decisiones que puedan ser pertinentes para sus vidas y a influir en las decisiones adoptadas a su respecto en la familia, la escuela o la comunidad. Además, las disposiciones de la Convención deben interpretarse conjuntamente con el artículo 30 de dicha Convención, que establece el derecho del niño indígena, en común con los demás miembros de su grupo, a tener, de forma individual o colectiva, su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma⁴.

A la vez, es conveniente tener en cuenta que la plena efectivización de la protección integral de sus derechos específicos tiene como condición el ejercicio eficaz de la totalidad de los derechos de los pueblos indígenas para evitar una múltiple condición de vulnerabilidad: por su pobreza, niñez, género y pertenencia étnica.

A continuación, se describen las cuestiones más importantes vinculadas con el reconocimiento de estos derechos colectivos que afectan a todos los miembros de la comunidad.

El registro de la personería jurídica y el reconocimiento del sujeto colectivo de derecho

Nuestro país, como el resto de América, está integrado por una población pluriétnica y multicultural, formada por criollos, mestizos y diversos pueblos originarios con identidad propia y derechos colectivos⁵.

21

4 Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tercer período de sesiones, 12 a 16 de julio de 2010, Estudio sobre los Pueblos Indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.

5 El INDEC estima que la cantidad personas descendientes de pueblos originarios que se declararon en el Censo 2010 es de 955.032 personas, las que conforman 368.893 hogares. Es decir, el 2,4% del total de población argentina y el 3% del total de hogares, pertenecen a los pueblos originarios. Se considera que en el hogar hay alguna persona descendiente o perteneciente a un pueblo indígena cuando algún integrante se autorreconoce como descendiente (porque tiene algún antepasado) o perteneciente (porque se declara como tal) a un pueblo indígena. En la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI) 2004-2005, Complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001, se calculaba en 600.329 personas que se reconocían pertenecientes y/o descendientes en primera generación de pueblos indígenas (población indígena). Según el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI): "al analizar el lugar donde habitan actualmente los pueblos indígenas, se puede ver que en su mayoría se encuentran en la Región Noroeste (NOA) con 13 pueblos: Atacama, Ava Guaraní, Chorote, Chulupí, Diaguita/Diaguita Calchaquí, Kolla, Omaguaca, Wichí, Quechua, Tapiete, Chané y Maimará, concentrados en las provincias de Salta y Jujuy; siguiendo la Región Noreste Litoral (NEA-Litoral) con 6 pueblos (Chulupí, Mbya Guaraní, Mocoví, Pilagá, Toba y Wichí) concentrados en las provincias de Chaco, Formosa y Santa Fe; la Región Patagonia, con 4 pueblos (Te-

La reforma de la Constitución Nacional en 1994 reconoció la preexistencia de los pueblos indígenas en el artículo 75, inciso 17, en los siguientes términos: *“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 de sus comunidades...”*. Bidart Campos señaló: *“...No es difícil radicar en el inc. 17 un núcleo normativo operativo; por un lado, el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas y de la personería jurídica de sus comunidades surge directa y automáticamente de la cláusula constitucional, por lo que su aplicabilidad no demanda ley alguna...”*. Cabe destacar que, como consecuencia, las comunidades indígenas se encuentran legitimadas para accionar jurídicamente y demandar, ya que la Constitución Nacional otorga el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho⁶. Es relevante citar a la Comisión de Expertos cuando señala, respecto de Argentina, dado que en algunas provincias las comunidades indígenas tramitan su personería jurídica como asociaciones civiles, que el Estado debía desplegar esfuerzos para *“que las comunidades puedan ser reconocidas como comunidades indígenas ya que la asociación civil parece suponer la constitución de algo nuevo no responde exactamente al principio del Convenio de reconocimiento de una realidad preexistente”*⁷.

22

A su vez, el Convenio 169 establece que la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental (art. 1.2). La consecuencia de este reconocimiento es que el registro de la personería jurídica de las comunidades indígenas reviste un carácter declarativo y no constitutivo porque, como se ha dicho, su personalidad asociativa es un hecho preexistente. El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy (en el caso Comunidad Aborigen Laguna del Tesoro-Pueblo Ocloya c/ César Eduardo Cosentini s/ recurso de inconstitucionalidad) se ha expresado en igual sentido al sostener:

...la personería jurídica que le confiere el Estado Provincial mediante el aludido Decreto 2303-G tiene carácter declarativo y no constitutivo de su con-

huelche, Ona, Rankulche y Mapuche) concentrados en las provincias de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego; y la Región Centro, con 5 pueblos (Guaraní, Comechingón, Huarpe, Sanavirón y Tupí Guaraní) concentrados en la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires”.

6 Para ser más precisos, los pueblos originarios son el sujeto de derecho que reconoce la Constitución Nacional, cuyos derechos y obligaciones se concretizan en la personalidad jurídica de las comunidades, las que tienen atribuciones específicas y por eso son, en términos de la teoría general del derecho, centro de imputación normativa

7 Comisión de Expertos 77, sesión 206, solicitud individual de Argentina, y la Guía sobre el Convenio 169 de la OIT.

dición de sujeto de derecho, porque como la propia Constitución lo establece ésta y todas las comunidades reconocidas como tales, preexisten étnica y culturalmente, de modo que las disposiciones que hoy las regulan nada han creado y, antes bien, importan contenidos nuevos de derechos viejos con la recíproca ampliación de las obligaciones tendientes a satisfacerlos⁸.

Por ello, la inscripción de la personería jurídica de las comunidades es un paso fundamental para registrar la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, realizar peticiones administrativas y judiciales por propio derecho como sujeto colectivo. Pero es necesario precisar que la ausencia de este requisito no puede ser utilizada como argumento para dificultar, obstaculizar o negar la legitimación de cualquier comunidad para hacer sus legítimos reclamos con el propósito de efectivizar sus derechos colectivos, en especial el derecho al territorio y a la propiedad comunitaria. De modo que el ejercicio de la defensa pública debe priorizar, por un lado, la posibilidad de la inscripción y orientar sus acciones a fin de crear las condiciones para el pleno reconocimiento de este derecho. Por otro lado, en cada intervención se podría sostener la postura de que el principio de autorreconocimiento colectivo no está condicionado a los actos administrativos previos –para ello se podrían aportar fundamentos históricos, sociológicos y antropológicos– así como también evaluar la posibilidad de rebatir, de acuerdo a la bilateralidad de los procesos, los argumentos en contra enunciados por la contraparte. Es también relevante considerar que en algunas jurisdicciones se han establecido formas asociativas que no respetan la autoadscripción ni la normativa vigente en materia indígena, como es el caso de las asociaciones civiles, y que deberían ser revisadas a la luz del actual paradigma de derecho indígena.

23

El derecho a la propiedad colectiva de la tierra y al territorio

Este derecho implica la solicitud de demarcación territorial y la participación activa de las comunidades en todas las etapas del procedimiento, la emisión de un título de propiedad de carácter colectivo que sea imprescriptible, inalienable e inembargable, puesto en cabeza de la comunidad en tanto sujeto de derecho, la eficaz protección del derecho de propiedad comunal y el acceso a las instancias administrativas y judiciales competentes para denunciar las violaciones a este derecho.

El deber genérico del Estado de proteger el derecho de propiedad indígena

⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Editorial Ediar Tomo I B, pág. 301.

requiere la tutela judicial efectiva, lo que se encuentra previsto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Por lo cual, en cada caso concreto, la defensa pública podría evaluar si el tratamiento judicial, y la eventual anterior instancia administrativa, respeta la exigencia de asegurar el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, especialmente teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad en que se suelen encontrar las comunidades y, muy en particular, los niños.

La posesión indígena de la tierra es sustancialmente diferente a la establecida por el derecho privado, dado su carácter colectivo y comunitario. Existe una directa vinculación de la tierra con la memoria histórica de los pueblos indígenas, porque es una posesión tradicional y mantiene un vínculo histórico, religioso y espiritual relevante para su identidad cultural y étnica; esto sustenta el concepto de territorio, que incluye al hábitat. Además, los pueblos indígenas mantienen una relación con la tierra a la que reconocen como “ser viviente” –o bien sujeto de derecho–, Madre Tierra o Pachamama, y se ven a sí mismos como pertenecientes a ella. La Madre Tierra no es susceptible de apropiación privada e individual, por lo que suelen carecer del título de propiedad catastral que otorga el registro correspondiente de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico de base romanista y privatista.

24

La Ley 26.160, de noviembre 2006 –cuyas normas son de origen público–, declara por el término de cuatro (4) años –actualmente prorrogados por la Ley 26.554– la “emergencia de la propiedad comunitaria indígena” y frena los desalojos de comunidades indígenas. También prevé el relevamiento jurídico técnico catastral en virtud de la obligación del Estado de registrar la posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades de pueblos indígenas.

De este modo, la defensa pública podría evaluar, en cada caso concreto que se suscite, en qué etapa se encuentra el relevamiento, si se le ha dado la debida consulta y participación a las comunidades interesadas, e instar las acciones necesarias para que la consecuencia del relevamiento sea el de consolidar la propiedad comunitaria de los pueblos por medio de la correspondiente delimitación territorial, inscripción y emisión del título. Asimismo, cabe mencionar que en ocasiones las comunidades indígenas cuentan con títulos catastrales, pese a lo cual su derecho al territorio comunitario continúa vulnerado, en la medida en que el título representa sólo una porción de territorio reconocida por el Estado (nacional o provincial). En estos casos, también debe practicarse el relevamiento territorial para determinar en forma fehaciente cuál es el territorio que efectivamente debería reconocerse.

Derecho de la comunidad a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

El derecho a la consulta está estipulado en el Convenio 169, en los arts. 6 y 7, y en los arts. 27 y 32 de la Declaración, así como en el art. 75 inc. 17 CN, que consiste en el derecho a ser consultado sobre toda acción o decisión que afecte al uso y goce de sus tierras y los recursos naturales. Pero la obligación es tanto de hacer la consulta, como de obtener un consentimiento previo, libre e informado. El consentimiento mismo debe ser prestado por la comunidad sin coacción, intimidación o manipulación, con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, con cuidado y respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta, participación y consenso, y con información plena y comprensible sobre el impacto probable. Se entiende por consulta previa al proceso que tiene la finalidad de hacer efectivo el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen, y que puedan afectar a sus personas, bienes y/o a sus derechos colectivos. Ello introduce una nueva etapa en el proceso de formación de las leyes y los actos administrativos, que exige cambios en las normas que regulan el funcionamiento de los diferentes poderes del Estado tendientes a brindar la oportunidad para que se puedan plantear las preocupaciones e identificar las soluciones a los problemas antes de que los pueblos indígenas afectados decidan si otorgar o no su consentimiento. En este proceso, también debe atenderse al interés superior de las NNyA indígenas.

25

En una breve síntesis, agregamos que por “consentimiento” se puede entender a la manifestación de un acuerdo claro y convincente, conforme con los modos de toma de decisión comunitaria. Por “libre”, a la ausencia de coacciones y presiones externas. La palabra “previo” denota la necesidad de que se desarrolle el proceso con tiempo suficiente para la recopilación de información y pleno debate. Y por “informado” podemos entender la disponibilidad de toda la información relevante con tiempo y recursos adecuados como para poder considerar los riesgos y beneficios potenciales.

La defensa pública podría evaluar en cada caso que se le presente cuál ha sido el procedimiento realizado por parte del Estado (nacional y provincial) para cumplir con estas exigencias, así como si se han tenido en cuenta los principios básicos para la protección integral de los derechos de las NNyA. En concreto, si se ha respetado el derecho a ser oídos con la debida participación en las decisiones que les afectan y si el Estado finalmente adopta esas decisiones respetando sus opiniones.

Derechos y garantías específicos de los pueblos indígenas en el proceso penal

El Convenio 169 tutela especialmente a los integrantes de las comunidades indígenas al entrar en contacto con el sistema penal:

El art. 9 expresa:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

El art. 10, por su parte, se refiere a las sanciones penales: 1. “*Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*”

En relación con el sistema judicial, el art. 12 del Convenio expresa:

Los pueblos 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. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En cada uno de estos puntos señalados debe considerarse la necesidad de advertir el mayor o menor grado de configuración de una situación de pluralismo normativo, definida como la coexistencia de dos sistemas normativos, en un mismo espacio territorial, que exigen obediencia y/o guían la conducta de los individuos. Es el caso de personas pertenecientes a comunidades indígenas que se sienten, al mismo tiempo, interpeladas por normas que prescriben mandatos parcial o totalmente contradictorios entre sí, provenientes del sistema jurídico estatal y del que tradicionalmente rige en el ámbito comunitario.

La defensa penal y el derecho indígena

En los casos de la defensa penal de una persona indígena imputada de haber participado de un ilícito, debe atenderse al posible desconocimiento de la antijuridicidad del hecho atribuido, en virtud de un error de prohibición causado por un error culturalmente condicionado tendiente a excusar la responsabilidad de nuestro asistido, con base en la parcial o total incom-

prensión del sentido de la norma y valores establecidos. Tal error podría llegar incluso a ser invencible, según el ilícito y el contexto social comunitario en el que se desenvuelve la persona.

La defensa pública debe considerar, para una mejor estrategia de defensa, la concurrencia de diversos factores que son condicionantes de la posibilidad de comprensión de la norma por parte de la persona indígena, y que permitirían fundar la pretensión del error de prohibición y el grado de su alcance. Esos factores son, entre otros, la identidad indígena, el vínculo y el tipo de inserción al contexto social que tenga la comunidad a la que pertenece, las relaciones con las instituciones estatales (en especial, las municipales y provinciales), el idioma y los obstáculos que pudieran existir para un proceso de interculturalidad. Todo ello influye en el proceso de socialización que, en el supuesto de personas indígenas, siempre resulta híbrido, intercultural y múltiple, atravesado por el fenómeno estructural de la discriminación histórica.

En el caso de las NNyA indígenas, cuyas conductas se subsumen en un régimen especial con diferentes responsabilidades según la edad, para dar cuenta del grado de internalización de las normas del derecho estatal podría evaluarse, además de lo expuesto, el grado, tipo y características de la educación que ha recibido, si ha desarrollado su vida exclusivamente dentro del ámbito familiar ampliado y el comunitario, y si ha tenido escolarización bilingüe –conforme el mandato constitucional.

27

En este contexto, la Defensa Pública debería tomar en cuenta el mayor o menor grado de consolidación de sistemas normativos propios al interior de la comunidad indígena, cuyos mandatos interpelan a sus integrantes y se les presentan como obligatorios, y que, en caso de contradecir al sistema normativo estatal, interfieren en la capacidad de comprensión de la antijuridicidad y, por lo tanto, de la posibilidad de exigibilidad de otra conducta.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA ESPECIFICIDAD DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS

Todas las NNyA indígenas tienen derecho a que se les garantice su pleno desarrollo respetando la identidad cultural y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en igualdad de condiciones y sin discriminación respecto de cualquier otra NNyA. Los derechos individuales, así como se los expone en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), son derechos que se reconocen a los niños en su calidad de individuos, como sujetos de derechos individuales. Pero, a la vez, las niñas, niños y adolescentes indígenas gozan también de los derechos colectivos de los que son titulares los pueblos o comunidades a los que pertenecen. Este reconocimiento de derechos colectivos, es decir, los derechos de los pueblos indígenas les adjudica a los niños indígenas la cualidad específica de ser titulares tanto de derechos individuales como colectivos.

29

Algunos de estos derechos pueden ser ejercidos por los individuos según el hecho de ser miembros de la colectividad beneficiaria de los derechos en cuestión. Otros están encaminados a proteger y preservar al grupo entero, por ejemplo, el derecho a la tierra y al territorio, a la consulta y participación en los casos en que se vean afectados como comunidad, a la protección de la cultura, del lenguaje y de la religión. La naturaleza de tales derechos colectivos corresponde fielmente a la cosmovisión indígena que, por supuesto, comparten las NNyA.

Estos valores están reconocidos en nuestra Constitución Nacional y, por ello, el Estado argentino tiene la obligación de respetarlos y hacerlos efectivos por medio de sus autoridades, entre ellas, los integrantes de las Defensorías Públicas. En nuestro país, los derechos humanos y libertades fundamentales de las NNyA indígenas están reconocidos, principalmente, en la Constitución Nacional y en diferentes instrumentos internacionales. Así, podemos citar:

- La Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994;

- El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989;
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007);
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y
- Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La CDN es uno de los instrumentos más importantes del derecho internacional de los derechos humanos que legisla sobre las NNyA 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 preámbulo además menciona la importancia de las tradiciones y valores culturales de cada pueblo y el artículo 20 se refiere a los niños privados de su medio familiar y exige que se preste atención a su origen étnico, cultural y lingüístico.

Es fundamental considerar lo dispuesto específicamente por la Observación General N°11 del 12 de febrero de 2009, del Comité de los Derechos del Niño¹, sobre las NNyA indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, que tiene como objetivo orientar a los Estados Partes sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención.

Como introducción y criterio general de interpretación menciona que “las referencias expresas que se hacen a los niños indígenas en la Convención son un reconocimiento de que esos niños necesitan medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos”. El Comité también ha mencionado

¹ Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes, así como también la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

la estrecha relación entre el artículo 30 de la CDN y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos artículos se reconoce el derecho en común que tiene el niño con el resto de la comunidad, por lo que este derecho adquiere tanto un carácter individual como colectivo. Además, reconoce que el ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas puede estar estrechamente relacionado con el derecho al territorio tradicional y a la utilización de sus recursos.

A su vez, señala que la presencia de pueblos indígenas se demuestra mediante la propia conciencia de su identidad como criterio fundamental para determinar su existencia. No se requiere que los Estados Partes reconozcan oficialmente a los pueblos indígenas para que éstos puedan ejercer sus derechos, sino que, tal como establece el art. 1 del Convenio 169 OIT, la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del citado documento.

Al examinar los informes de los Estados Parte, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que muchos de ellos, al cumplir las obligaciones que les impone la Convención, no prestan la debida atención a los derechos de los niños indígenas ni a la promoción de su desarrollo. El Comité ha considerado que, al consultar con las comunidades interesadas y con la participación de los niños en el proceso de consulta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención se deberían adoptar medidas especiales mediante disposiciones legislativas y políticas para proteger a los niños indígenas.

En relación con estas medidas de protección, es importante destacar que el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos Humanos han convenido en que ellas se refieren tanto a los actos del Estado Parte (en sus facetas legislativas, judiciales y administrativas) como a los de los particulares.

Asimismo, el Comité expuso que las prácticas culturales a las que se refiere el artículo 30 de la CDN no pueden justificarse si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño y, de existir prácticas perniciosas, el Estado debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas, en especial con los estereotipos de género que contribuyen a tales prácticas².

2 Para indicar los principales derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas, también se ha tenido en cuenta la clasificación elaborada por el Centro de Investigación Innocenti de UNICEF en el número 11 de su revista *Innocenti Digest* dedicado a los derechos de los niños indígenas (Centro de Investigación Innocenti de UNICEF, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", *Innocenti Digest*, núm.11, Florencia, UNICEF, 2004).

A continuación, se especificarán los principales derechos reglados que tienen las NNyA indígenas y las normas específicas que los amparan, para lo cual se ha tenido como referencia la Observación General N°11 del Comité de los Derechos del Niño.

Principios básicos para el efectivo disfrute de los derechos

Las normas que señalamos antes establecen principios básicos que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento y respeto de todos los derechos, que tienen que garantizarse en todo momento. Esos principios básicos, para que las NNyA indígenas puedan gozar efectivamente de sus derechos, son los que siguen.

a) No discriminación (art. 2 CDN; art. 3, Convenio 169 OIT; art. 2, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas)

Según este principio, las NNyA indígenas tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada en su edad, sexo, origen o identidad indígena, es decir, a que ningún particular o autoridad estatal les impida, limite, excluya o niegue el ejercicio de alguno de sus derechos a causa del origen o identidad indígena. Los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. Esta obligación requiere que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños respecto de los cuales podría ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y realización de sus derechos. Este principio se encuentra regulado también en la Convención Americana (arts. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 24.1), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.3).

b) De protección (art. 19 CDN; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CA)

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, las que se deben adoptar tanto en relación con la niñez en general como con las NNyA indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Opinión Consultiva nro. 17/02) ha sostenido que este principio *“proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”*. También dispone que el Estado *“según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural”*. En el caso de la niñez indígena, el

principio de protección debe respetar la especificidad del contexto cultural del pueblo o etnia a la que pertenece.

c) El interés superior del niño (art. 3 CDN)

En el caso de las NNyA indígenas, la aplicación del principio del interés superior del niño 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 que en alguna medida los afecten, 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”*³, tendiente a su desarrollo integral. Para ello no sólo deberá considerarse el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. Esto es así, ya que en las decisiones que se adopten al determinarse el interés superior de las NNyA indígenas deberán tenerse presentes sus derechos culturales y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo, lo que constituye *“las características propias de los niños”* como señaló la Corte IDH.

33

Para determinar el interés superior de las NNyA indígenas, se debe dar participación a la comunidad y consultarle su opinión al respecto, de manera que se evalúe también el contexto cultural (sus costumbres, tradiciones culturales, religión, cosmovisión, etc.). Estas consultas deben incluir una verdadera participación de las NNyA indígenas.

d) Respeto por las opiniones del niño y el derecho a ser oído y a la participación en las decisiones que le afecten (art. 12 CDN)

Todos los niños tienen derecho a expresar su opinión y a ser escuchados, directamente o por medio de un representante (que pueden ser sus padres o una autoridad), en cualquier asunto que afecte su vida social, política, económica, religiosa y cultural, y en cualquier procedimiento judicial o administrativo (si quieren separarlos de sus padres, si quieren expulsarlos o trasladarlos del territorio donde habitan, etc.), siempre teniendo en cuenta la edad y madurez del niño. Esto podría entenderse asimismo como una

³ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

manifestación del principio anterior y del reconocimiento de la subjetividad del niño y la niña.

Las NNyA indígenas tienen el derecho a ser oídos en forma individual, por una parte, y en forma colectiva con los demás miembros de la comunidad, por la otra, para garantizar que intervengan en las consultas sobre las cuestiones que los afectan. Este punto resulta trascendente, ya que esta doble vía de participación habilitaría la representación por parte de la Defensoría de Menores en los casos en que se ventilen cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas en general, como por ejemplo el derecho al territorio.

Por otro lado, cuando por motivos de idioma no puedan entender lo que está pasando o no puedan hacerse entender, tienen derecho a la representación, a la debida traducción por parte de un perito específico y a una interpretación culturalmente apropiada que podría requerir la intervención de un especialista en antropología y en la cultura y cosmovisión de la comunidad a la que pertenece el niño.

Además debe considerarse que en muchos casos un miembro de la comunidad puede oficiar de intérprete como “perito de parte” para estar presente en los actos procesales que sean necesarios, así como también para presenciar y participar de actos que sean exclusivos de la defensa, por ejemplo, la entrevista entre el asistido y su defensor.

En síntesis, tiene especial importancia que los niños puedan ejercer estos derechos en su proceso de crecimiento, ya que repercute en el beneficio de su protección integral.

e) El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6 CDN; art. 7, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas)

Este derecho está expresamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en virtud de los cuales los niños tienen derecho a que las autoridades del Estado adopten las medidas, hasta el máximo de recursos disponibles, para asegurar su desarrollo (físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social) y supervivencia, y para garantizarles un nivel de vida adecuado. El derecho a la supervivencia puede entenderse como el derecho de toda persona a satisfacer sus necesidades más básicas, entre otras, los derechos a la salud y educación, el derecho a que se garantice el acceso a una vivienda digna dentro del territorio ancestral; que se brinde una nutrición adecuada para el desarrollo y ropa para vestirse, siempre teniendo en cuenta las tradiciones y los valores culturales indígenas, y está estrechamente relacionado con otros derechos del niño.

El derecho al desarrollo puede definirse como el derecho del niño a alcanzar todo su potencial, por lo que, en el caso de los niños indígenas, deberá tenerse en cuenta su especial relación con la tierra, el territorio y el medio ambiente en el que habitan, así como el principio de no discriminación.

f) El derecho a determinar la identidad cultural y de pertenencia y derecho a no sufrir asimilación forzada y destrucción de la cultura (arts. 9 y 33, Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas)

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a su comunidad conforme a sus tradiciones y costumbres, y no deben sufrir ninguna discriminación en el ejercicio de este derecho. Además, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia según sus costumbres y tradiciones, y también a obtener la ciudadanía de los Estados en los que viven.

El derecho a la identidad es trascendente para el desarrollo integral de las NNyA indígenas. Éste se expresa a partir de la ascendencia, el idioma, las costumbres, las creencias, las ceremonias, los valores propios y el modo de la vida de la comunidad.

Por todo esto, los pueblos indígenas no pueden ser obligados a la asimilación y pérdida de su identidad para formar parte de la sociedad. Tienen derecho a vivir según sus tradiciones y culturas, y a que éstas sean respetadas por el resto de la sociedad. La integración a la sociedad debe siempre ir acompañada por el respeto a la diversidad cultural.

Por último, es importante señalar que el respeto al derecho a la identidad y de pertenencia debe ser garantizado aun cuando, por cualquier circunstancia, el niño esté viviendo fuera de la comunidad, como en el caso de la migración de familias indígenas a las ciudades. En concreto, si un niño indígena fuese colocado afuera de su comunidad, deberían adoptarse medidas especiales para que pueda mantener su identidad cultural en el ámbito urbano, así como adoptar las medidas suficientes que garanticen el ejercicio del derecho a ser oído ante las autoridades estatales, tanto judiciales como administrativas.

g) El derecho a la salud y a la atención sanitaria

El derecho a la salud está íntimamente vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona. Todos los niños tienen derecho a acceder al más alto nivel posible de salud y nutrición, a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación que corresponda.

Este derecho comprende el derecho a acceder, en condiciones de igualdad y sin discriminación, a servicios de salud de calidad, a ser

atendidos con respeto por profesionales idóneos y, en los casos que se necesite, a recibir el tratamiento médico adecuado y los remedios que se les prescriban, para gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Se incluyen también los controles prenatales y la asistencia médica durante el embarazo y el parto.

Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales de los pueblos indígenas. Además, los integrantes de los pueblos indígenas deben participar en el diseño de los planes de salud. Tienen derecho incluso a que se les brinden los medios para organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control. Los niños deben tener acceso, además, a una alimentación cuantitativa y cualitativa adecuada y suficiente, de acuerdo con las tradiciones culturales de la comunidad a la que pertenecen, nunca deben padecer hambre y deben tener acceso al consumo de agua potable. El derecho al agua es un derecho humano íntimamente relacionado con el derecho a la salud, de acuerdo al nivel más alto a alcanzar, y debe ser considerado en conjunto con otros derechos como el derecho a la vida y a la dignidad humana.

36

El Convenio 169 de la OIT dispone, en los artículos 25 y 30, la obligación por parte del Estado que los pueblos indígenas sean partes cooperantes de las decisiones en materia de servicios de salud, administración y prestación de servicios, atendiendo y respetando sus tradiciones y culturas.

El rol de la Defensa Pública consistiría en hacer reclamos para garantizar esa participación por medio de diversas vías jurídicas y administrativas -porque en ocasiones estas cuestiones se ventilan en el último ámbito-, en nombre de la representación de las NNyA indígenas de la comunidad que se vea afectada, ya que toda afectación a la salud y atención sanitaria implica un menoscabo a los derechos de la niñez.

h) El acceso a la educación de calidad (arts. 28 CDN; 26 a 31, Convenio 169; arts. 13, 14 y 15, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)

Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones sociales sean debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos⁴.

⁴ Art. 15, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El acceso a la educación es un derecho humano reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las NNyA indígenas tienen derecho a acceder a una educación de calidad en todos los niveles, en pie de igualdad con el resto de los niños⁵. Para ello, la educación que reciban debe reunir los siguientes requisitos:

- Ser accesible (debe poder concurrir a una escuela o centro de enseñanza próximo a su comunidad);
- La enseñanza debe ser bilingüe (enseñar a leer y a escribir en la propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en la comunidad y, además, debe dar la oportunidad de aprender y dominar la lengua española);
- Respetar y reflejar debidamente la dignidad y diversidad de la cultura, tradiciones, historias y aspiraciones de la comunidad. Por ello, es muy importante que los integrantes de los pueblos indígenas puedan participar en el control y dirección de los procesos educativos y de las instituciones docentes;
- Deben evitarse las prácticas discriminatorias dentro de las escuelas, tales como las restricciones de la utilización del vestuario cultural y tradicional.

Una educación de calidad permitirá que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad, promoviendo, en definitiva, la posibilidad de desarrollar en forma libre y plena su personalidad e identidad.

37

i) Acceso a la justicia juvenil (arts. 20.3, 37 y 40 CDN; 8, 9.2, y 10 Convenio 169; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal

Este punto deriva de la regla de la supremacía del interés del niño y del derecho a ser oído y a tener participación. El artículo 10 del Convenio 169

5 Art. XII de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y art. 13 del Protocolo de San Salvador.

establece que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, así como darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Corresponde extender este principio a la adopción de toda otra medida de seguridad o cautelar que se disponga durante el proceso, incluso las dispuestas en relación a niños y adolescentes indígenas. En este sentido, el artículo 20.3 de la CDN señala que el Estado protegerá y asistirá a los niños privados de su medio familiar prestando *“particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”*.

Una correcta interpretación de la legislación nacional debe proteger la integridad de la cultura, valores e instituciones indígenas (artículo 5), sin discriminación, para evitar la pérdida de identidad del niño indígena -objeto de la medida- ante el posible alejamiento de la comunidad y, por ende, del medio cultural o lingüístico propio.

En el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (en la ciudad de Madrid, del 12 al 14 de noviembre de 2003), se recomendó que las opiniones de los niños indígenas ante los tribunales sean escuchadas y respetadas en todos los casos; que las medidas necesarias (por ejemplo, alternativas a la libertad condicional) sean tomadas para reducir considerablemente el número de niños indígenas detenidos y asegurar que la detención sea sólo el último recurso y por el mínimo período de tiempo; respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, los miembros de la familia o de la comunidad conforme a las costumbres locales para aconsejar a un niño indígena que se vea implicado en un procedimiento ante los tribunales; tomar en consideración las leyes de los pueblos indígenas, las tradiciones y costumbres en relación con asuntos penales (punto 64).

j) Protección contra el trabajo infantil (arts. 32, CDN; 17, Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas)

Se protege al niño contra la explotación económica y contra el desempeño de algún trabajo peligroso o que entorpezca su educación, o que fuese perjudicial para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. La edad mínima para ser admitido en un empleo es de 16 años (Ley 24.650). En este punto, debe precisarse que el principio da prioridad a la educación.

k) El derecho a la identidad, la inscripción del nacimiento y al Documento Nacional de Identidad (DNI)

El derecho a la identidad constituye un derecho humano fundamental de todas las personas, y el Estado debe velar por su efectivo cumplimiento ya que, además, resulta necesario para acceder al resto de los derechos reconocidos a la población. En este sentido, el 5 de junio de 2007, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en su resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), ha expresado:

El reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El ejercicio de estos derechos es esencial para la participación en una sociedad democrática.

En relación con los niños, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su artículo 8 dispone:

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

A su vez, el artículo 21 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene:

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, 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.*
2. *Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.*

En este sentido, es importante señalar que en Argentina la base mínima que los ciudadanos necesitan para gozar efectivamente de los derechos y ga-

rantías constitucionalmente otorgados es poseer el DNI, ya que es el medio para acreditar la existencia de las personas.

Así, la Ley 17.671, en su artículo 13 determina:

La presentación del Documento Nacional de Identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas, comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera fuere su naturaleza y origen.

La falta de DNI está estrechamente relacionada con la exclusión social, lo cual es aún más grave cuando se trata de personas menores de edad que pertenecen a comunidades indígenas, que ya se encuentran, de por sí, en una situación de vulnerabilidad.

En esa línea, cabe destacar que la OEA, en su resolución AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07), ha manifestado: “La falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.

Si bien el Estado debe velar por el goce efectivo de los derechos de todos sus habitantes, debe tener en cuenta a los niños indígenas para protegerlos y asegurar la efectivización de sus derechos.

40

Las NNyA tienen el derecho al registro de su nacimiento y a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, a partir de lo cual obtienen el DNI (arts. 7 y 8 CDN). Es muy importante, entonces, que se promueva el registro de los nacimientos en las oficinas del registro civil más cercano a la comunidad, por lo que el rol del defensor podría consistir en la remoción de los obstáculos que lo impiden.

Por otro lado, el derecho a un nombre es indispensable para determinar la individualidad y la identidad de toda persona, ya que éste confirma el lazo de unidad con la familia y la comunidad. En este punto, se destaca el derecho a inscribir al niño con el nombre que sus padres han elegido de acuerdo con las tradiciones culturales, lo que va a permitir el ejercicio del derecho a la identidad y los derechos culturales a lo largo de su vida.

El Decreto Nacional 278/2011 (prorrogado por Decreto 294/2012)

El 3 de marzo de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 278/2011, donde establece que la inscripción del nacimiento y obtención del DNI para personas menores de edad se realice en forma administrativa y gratuita para aquellas personas que tengan hasta 12 años de edad, pero

además establece especialmente que las personas que pertenecen a comunidades indígenas pueden realizar la inscripción referida y el trámite del Documento Nacional de Identidad en forma administrativa y gratuita, aun cuando superen los 12 años de edad⁶.

Esta norma actualmente es puesta en práctica por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, que viaja a distintas comunidades del país y realiza operativos documentarios, pero tiene un alcance mayor que es necesario poner en práctica: todos los niños indígenas –aun aquellos mayores de 12 años- tienen derecho a que la inscripción de su nacimiento y el trámite para la obtención de su DNI se realice en forma administrativa y gratuita. Los distintos operadores judiciales pueden instar a que los titulares de los Registros Civiles de las provincias y el Registro Nacional de las Personas implementen en forma directa este decreto, con la colaboración del Ministerio del Interior de la Nación conforme lo dispone el artículo 11.

6 Véase Anexo V. Decreto 294/2012

PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL¹

Las NNyA indígenas suelen ser víctimas de múltiples tipos de discriminación y, en especial, en virtud de su condición de alta vulnerabilidad, de situaciones de abuso y violencia sexual.

Un caso paradigmático, que revela las dificultades en el acceso a la justicia tanto de las NNyA como de las mujeres indígenas, es “L.N.P.”, presentado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Comunicación N° 1.610/2007), el que concluyó que los hechos manifestaban la existencia de discriminación basada en la condición de niña y de indígena, lo cual violaba el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos². En mayo de 2007, el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INS-GENAR) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) presentaron el caso (una comunicación individual) ante el Comité y denunciaron la violación al derecho a un juicio justo y al debido proceso, las irregularidades en el proceso judicial y los prejuicios de género que motivaron la impunidad de la violación, así como los actos de violencia física, psicológica y moral perpetrados por los agentes del sistema de administración de justicia y el sistema público de salud, antes y durante el proceso judicial. El 23 de abril de 2009, en un evento de reparación, el Estado ofreció una indemnización material a la víctima y expresó públicamente el pedido de perdón a L.N.P., a su familia y a los pueblos indígenas por las violaciones de derechos humanos cometidas en el caso, y reconoció la responsabilidad internacional asumida por Argentina.

43

1 El Programa sobre Diversidad Cultural agradece a la Dra. Raquel Asensio (integrante de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación) su colaboración en este apartado.

2 Según el art. 26 del PIDCyP: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

El caso ocurrió en el año 2003, cuando una niña indígena de quince años, perteneciente al pueblo *Qom*, que habita en la localidad de El Espinillo, provincia de Chaco, fue víctima de abuso sexual por parte de tres jóvenes criollos. Se inició entonces un juicio por el delito de abuso sexual con acceso carnal, en el que los tres inculpados fueron absueltos sin que el Fiscal recurriera la sentencia que, de ese modo, quedó firme. De acuerdo a las constancias de las actuaciones, en la atención policial, sanitaria y judicial se cometieron serias irregularidades. El INADI emitió una opinión sobre el caso y formuló recomendaciones para erradicar, prevenir y sancionar la violencia sexual contra las mujeres indígenas, en la que concluyó que la víctima había sufrido discriminación étnica, de género y por edad, así como que se había violado la garantía constitucional del debido proceso legal. El organismo mencionado manifestó una gran preocupación por la situación de discriminación que se observa en nuestro país en relación con la violación del principio de igualdad entre mujeres y varones y, especialmente, de los derechos de las mujeres que pertenecen a grupos en condición de vulnerabilidad, tales como las que viven en situación de pobreza y las pertenecientes a pueblos originarios. La situación relatada, sostuvo, denotaba el grado de vulnerabilidad de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, que padecían discriminación no sólo por su condición de mujer, sino como integrantes de comunidades indígenas.

44

La víctima, en la comunicación efectuada al Comité, señaló que el suyo no había sido un caso aislado, sino que las agresiones sexuales a niñas y mujeres *Qom* eran frecuentes en la zona y que existía un patrón de impunidad frente a estos casos propiciado por la prevalencia de una mentalidad racista. Añadió que, por el contrario, cuando una mujer criolla asegura haber sido violada por un indígena *Qom*, éste era detenido y condenado inmediatamente. También sostuvo que a lo largo de todo el proceso fue tratada sin consideración a su condición de niña y sin ninguna atención a su honor y su dignidad, y que “la falta de asesoramiento jurídico y la falta de información sobre su derecho a constituirse en parte querellante obstaculizó su adecuada intervención en el juicio y le negó su derecho a un juicio justo y al debido proceso”³.

3 El Comité expresó, confirmando lo sostenido por la víctima, en el punto 13.3 lo siguiente: “El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido que fue víctima de discriminaciones basadas en su condición de niña e indígena, tanto durante el juicio como en sede policial y durante el examen médico a que fue sometida. La autora alega que el personal de la comisaría de policía del Espinillo mantuvo a la autora en espera durante varias horas, lloviendo y con restos de sangre en el vestido, y que no se le tomó denuncia alguna, limitándose

Por ello, tuvo lugar el Dictamen del Comité de Derechos Humanos por el artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/08/2011), en el que se le dio un plazo al Estado –por 180 días- para tomar medidas a fin de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, en particular, asegurando el acceso de las víctimas –incluidas las víctimas de agresiones sexuales- a los tribunales en condiciones de igualdad.

Esta preocupación tiene su correlato en las deficiencias en la investigación de las denuncias de violencia de género que se relacionan más con las prácticas administrativas y judiciales que con la normativa vigente, de modo que uno de los mayores inconvenientes que se advierten es la reticencia para procesar con seriedad este tipo de denuncias⁴. Ello se fundamentaría, de manera expresa o solapada, en la concepción según la cual la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales constituye una cuestión ajena a la órbita del derecho penal:

Esta concepción, que elimina el control público del ámbito privado, pre-

finalmente a remitirla al puesto médico local. La autora alega asimismo que, una vez en el puesto médico, fue sometida a pruebas vejatorias, innecesarias para determinar la naturaleza de la agresión recibida, y tendientes a determinar su virginidad. A su vez, el tribunal que conoció del caso se basó en criterios discriminatorios y vejatorios, cuales son 'la presencia de una desfloración de larga data' de la autora para concluir que no quedó demostrada la falta de consentimiento de ésta al acto sexual. La autora sostiene asimismo que se interrogó a todos los testigos sobre si ella era prostituta. El Comité considera que todas las afirmaciones anteriores, que no han sido discutidas por el Estado parte, denotan un tratamiento discriminatorio por las autoridades policiales, sanitarias y judiciales, tendientes a cuestionar la moral de la víctima. El Comité observa, en particular, que la sentencia de la Cámara en lo Penal de Presidente Roque Sáenz Peña centra su análisis del caso en la vida sexual de la autora y en determinar si era o no 'prostituta'. Asimismo, toma la falta de virginidad de la autora como elemento principal para determinar su consentimiento al acto sexual. Con base a los hechos no refutados que tiene ante sí, el Comité concluye que los hechos ante sí ponen de manifiesto la existencia de discriminación basada en la condición de niña y la etnicidad de la autora, en violación del artículo 26 del Pacto (del PIDCyP)". Véase Anexo VII.

4 En la investigación Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Comisión sobre Temáticas de Género, 2010, pág. 141 (disponible en <<http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/discriminacion-de-genero-en-las-decisiones-judiciales-784>>), se señala respecto de la violencia doméstica: "Sobreseimientos recaídos sin que se haya instado la acción penal en delitos dependientes de instancia privada, o sobreseimientos y archivos dictados en ausencia de toda actividad investigativa o tras haber realizado una investigación sólo en forma aparente, el traslado a la víctima de la carga de probar los hechos denunciados, son algunas de las prácticas que dan cuenta de la falta de seriedad y exhaustividad en las investigaciones de delitos de violencia de género".

*señala a la familia como una “zona franca” que prácticamente se traduce en una total libertad a algunos de sus integrantes para actuar y ejercer violencia. Este entendimiento asegura la impunidad de los casos, contribuye a construir desconfianza en las víctimas en el sistema de justicia y refuerza la percepción de inmunidad por parte del agresor.*⁵

Tal concepción, que crea condiciones para hechos de violencia doméstica, profundiza la condición de vulnerabilidad de las NNyA indígenas, en especial por falencias generales de la intervención pública como la ausencia de traductores de idiomas indígenas en las delegaciones policiales, los centros de salud y las escuelas.

Ayuda a sustentar esta situación la aberrante práctica conocida como “chíneo”, que es recurrente en ciertos lugares de nuestro país –en especial, se han denunciado casos en la región del litoral– y que consiste en la búsqueda de niñas y adolescentes indígenas, por parte de “criollos”, a fin de abusarlas sexualmente, como modo de divertimento .

En este punto, hay que prevenir sobre la invocación indebida de un supuesto “respeto a la diversidad cultural” que, en realidad, esconde una posición discriminatoria que justifica estas situaciones de abuso. Sobre esto, advierte la antropóloga Ana González al señalar:

46

Es de suma gravedad que abogados defensores de los agresores, y hasta magistrados, hagan un ejercicio ilegítimo y hasta ilegal de la antropología cuando intentan recurrir a “la costumbre” o a la “cultura” para justificar o “atenuar” un delito y una práctica aberrante que contiene agravantes discriminatorios de género, etnia, edad y condición socioeconómica, por lo menos.

En el caso “Ruiz” (29/09/2006) la Suprema Corte de Justicia de Salta declaró, por mayoría, la nulidad del procesamiento dispuesto contra una persona wichí por falta de fundamento, al no haber sido ponderados la totalidad de los elementos de prueba agregados al proceso respecto de la especificidad de la cultura indígena que supuestamente justifica las relaciones sexuales entre un adulto y un niño (matrimonio privignático). Mientras el voto en disidencia, de la Dra. María Cristina Garros Martínez, confirmó la medida procesal con fundamento principal en que los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8 del Convenio 169 OIT); en el caso, el abuso sexual

⁵ Ibídem.

reiterado resultaba objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad (arts. 5 y 11 Pacto San José de Costa Rica y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Pacto DESC). También cobran relevancia las disposiciones de los arts. 16 y 34 de la C DN⁶. El concepto de usos y costumbres no remite a nociones rígidas provenientes de realidades del pasado, sino más bien a la existencia de un sistema normativo propio y eficaz en el territorio, pero cuya principal característica es el consenso de la comunidad para su aceptación, por lo que es tan cambiante como el colectivo lo decida. La jueza del caso agregó, en este sentido, que *“las mujeres indígenas piden que la justicia se imparta según los usos y costumbres, pero rechazando lo que les perjudica, en el sentido que la ley no debe proteger y promover el desarrollo de todos los usos y costumbres”*⁷. Para lograr una mejor asistencia técnica en la defensa, deben estudiarse los casos de violencia sexual contra mujeres desde una perspectiva de género y teniendo en cuenta las pautas socio-culturales de las pertenecientes a pueblos originarios. Se debe procurar que la justicia les otorgue prioridad y celeridad, y que se notifique inmediatamente toda decisión de no dar curso a una denuncia, junto con la fundamentación de tal decisión, a la víctima⁸.

De este modo, se echa por tierra cualquier argumento que justifique indebidamente, en nombre del “relativismo cultural”, situaciones de abuso

6 Art. 16: “1. Ningún niño será objeto [...] de ataques ilegales a su honra y reputación.” Art. 34: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en [...] otras prácticas sexuales ilegales [...] teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño” (el subrayado es propio).

7 Cfr. Lenkersdorf, Carlos, Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales, México, UNAM, Siglo XXI, 1996.

8 La violencia contra las mujeres incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en el ámbito doméstico o de las relaciones familiares e interpersonales; en la comunidad; o que sea perpetrada o tolerada por el Estado El art. 2 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer dispone: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo”.

y/o violencia sexual discriminatoria de la niñez y de género indígena, y se otorga mayor protección a las víctimas. En especial, para que los hechos de abuso y violencia sexual puedan ser denunciados, y evitar la posibilidad de que no se reciban las denuncias en las comisarías invocando de manera apócrifa los usos y costumbres.

Lo anterior no obsta a la necesidad de incorporar el factor cultural y el pluralismo normativo en los análisis jurídicos y en el ejercicio del derecho de defensa, así como también de controlar que la investigación, el juicio y toda actuación de los auxiliares de la justicia y de los organismos gubernamentales se desarrollen en consideración de su derecho consuetudinario –cfr. art. 8 del Convenio 169 OIT- y en consulta con los pueblos originarios, respetando los derechos colectivos, para combatir los prejuicios y eliminar los estereotipos y la discriminación⁹. Por ejemplo, se debe contemplar el factor étnico y la identidad indígena de las NNyA cuando se toma la denuncia inicial, en las entrevistas –incluidas las tomadas por cámara Gessell o circuito cerrado de televisión-, en las declaraciones, los informes judiciales, así como en las ponderaciones sobre el testimonio brindado, tanto de la víctima como del imputado y demás testigos, y al cumplir con las previsiones del artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

9 Sobre esto, Octorina Zamora, una dirigente indígena wichí, tras afirmar que de ninguna manera las comunidades aceptan el abuso sexual, reflexionó: “Mi comunidad necesita 2 mil hectáreas para que podamos desarrollarnos y dejar de andar mendigando tierras. Entonces, hace cuatro semanas recuperamos un territorio en Embarcación, estuvimos 12 días ocupándolo y nos mandaron 450 policías para desalojarnos. Ahí ningún juez pensó en nuestra pauta cultural”. “La dirigente wichí que acusa a la Corte salteña por discriminación”, Página 12, Buenos Aires, lunes 2 de julio de 2007; disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87477-2007-07-02.html>>. Consultada por última vez el 28/06/2012.

PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS

La condición de vulnerabilidad de las NNyA indígenas provoca que sean, en forma recurrente, víctimas del delito de trata de personas. La normativa específica en la materia otorga especial protección de sus derechos y procura la eficacia en la investigación de los hechos. El artículo 9 del Protocolo de Palermo establece que los Estados establecerán políticas con miras a proteger a las víctimas, especialmente a las mujeres y las NNyA contra un nuevo riesgo de victimización. Por su parte, el artículo 6 de la Ley Nacional N° 26.364 establece el derecho de las víctimas a recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan y en forma accesible para su edad y madurez, junto con otras disposiciones de similar carácter, como recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada; contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas; prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; ser protegidas frente a toda posible represalia contra su persona o su familia por medio del programa nacional de protección de testigos en las condiciones previstas en la Ley N° 25.764; el derecho a la adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica; a ser informadas del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; a ser oídas en todas las etapas del proceso; a la protección de su identidad e intimidad; a permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir la documentación o constancia que acredite tal circunstancia; a que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio, y acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia. En todos estos supuestos prescriptos por la ley, debe atenderse a los derechos propios de las personas indígenas, entre ellos, el de contar con un intérprete de su idioma para la comprensión de los actos procesales.

La normativa también dispone que en el caso de víctimas NNyA, además de los derechos enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales implicadas por la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En este punto, respecto de las NNyA indígenas deben considerarse las características específicas que se plantean por su etnicidad.

Asimismo, el ordenamiento jurídico señala que en ningún caso podrán

ser sometidos a careos, y que las medidas de protección de los derechos aplicables no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar la privación de su libertad. Se procurará la reintegración a su familia nuclear o ampliada o a su comunidad, lo que adquiere especial significado en el caso de las NNyA indígenas, al tener en cuenta la importancia que tiene para el desarrollo de la personalidad de los indígenas el vínculo con la comunidad. En este aspecto, es relevante el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT que dispone que el respeto por *“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”*.

Finalmente, tiene especial importancia la Observación General N° 11 del Comité de los Derechos del Niño (arts. 70 a 72), porque señala su preocupación respecto de la utilización de niños en la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, de la explotación sexual, de la trata de niñas y niños en conflictos armados, lo que guarda estrecha relación con la definición de las peores formas de trabajo infantil contenida en el Convenio N° 182 de la OIT.

El Comité ha señalado:

...[se] observa con profunda preocupación que la pobreza afecta en forma desproporcionada a los niños indígenas y que éstos están particularmente expuestos al riesgo de ser utilizados para el trabajo infantil, especialmente en sus peores formas, como la esclavitud, el trabajo en condiciones de esclavitud, la trata de niños, incluso para trabajos domésticos, la utilización en conflictos armados, la prostitución y los trabajos peligrosos (art. 71).

También señaló su preocupación respecto de:

...que los niños indígenas en cuyas comunidades impera la pobreza y a las que afecta la migración urbana corran un alto riesgo de ser víctimas de la explotación sexual y de la trata. Las jóvenes, particularmente aquellas cuyo nacimiento no se ha inscrito, son especialmente vulnerables. Para mejorar la protección de todos los niños, en especial los indígenas, se alienta a los Estados Partes a que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (artículo 72).

Para concluir, además indicó que la obligación de adoptar medidas de prevención debe realizarse en consulta con las comunidades indígenas, basadas “en estudios en los que se documenten las tendencias de las transgresiones y en los que se analicen sus causas fundamentales” (artículo 73).

LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS

Cuestiones generales

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 del Código Civil y, en el ámbito exclusivamente federal, el artículo 54 de la LOMP, el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su defensa en juicio. Ello, bajo pena de nulidad de todo acto que tenga lugar sin su participación, por lo que la representación promiscua de los niños/as y adolescentes debe darse en todos los casos en que ellos sean parte y/o se vean afectados sus derechos¹.

En este punto, cabe recordar que la CSJN ha sostenido que es:

*...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua, a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones.*²

51

También en el caso “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. Del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios - ordinario. R. 221. XLIV”, se declaró la nulidad de las resoluciones dictadas sin la participación previa del Ministerio Público de la Defensa, y se devolvieron las actuaciones al tribunal de origen para que intervenga el Ministerio pupilar. En el dictamen de la Procuración General de la Nación, del 14 de octubre de 2009, la Dra. Laura Monti opinó:

1 Actualmente, se encuentra a debate en el Poder Legislativo Nacional un proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que modificará el régimen de intervención del Ministerio Público, sustituyendo la representación promiscua de NNyA por una actuación en el ámbito judicial que se define como complementaria o principal, según los supuestos tipificados en el artículo 103 de la reforma.

2 Cfr. C. 1096. XLIII. R.O. “Carballo de Pochat Violeta Sandra Lucía c.ANSES s/ daños y perjuicios”, sentencia del 19 de mayo de 2009; véase también los Fallos: 325:1347 y 330:4-198, doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291.

“...de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación.”

Asimismo, de acuerdo con el artículo 51 inc. i de la LOMP, entre los deberes y funciones del Defensor General, se encuentra:

Asegurar en todas las instancias y en todos los procesos con menores incapaces la separación entre las funciones correspondientes a la defensa promiscua o conjunta del Defensor de Menores e Incapaces y la defensa técnica que, en su caso, pueda corresponder al Defensor Oficial.

Es decir, en todos los casos en que se vean involucrados los derechos colectivos de los pueblos indígenas, corresponde la intervención de la defensa pública en representación de los niños. En este punto, las disposiciones de la Ley N° 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) cobran relevancia en la medida en que significan la reconversión del rol tradicional del Asesor de Menores, tributario del viejo modelo de la situación irregular, al paradigma de protección integral de derechos. El modelo de protección de derechos reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, ahora bien, por tratarse de personas en crecimiento, se prevé un “plus” de garantía y protección que, a su vez, exige una protección mayor y especial por la condición étnica, cuyo propósito es evitar la discriminación y la vulneración de derechos hacia la comunidad, la familia y los niños. Todo esto, respetando el derecho a ser oído en asuntos que pudieran afectar su persona, derechos e intereses (conf. art. 5, 24, 27 incs. a, b, c y d de la Ley N° 26.061), y respetando los principios *pro homine* y *pro libertate*, contra interpretaciones que impliquen la restricción del ámbito de su aplicación. Asimismo, se deben tener en cuenta los imperativos constitucionales, y habrá que procurar la armonización de la rapidez y eficiencia de respuesta con el ejercicio del derecho al debido proceso, en especial con el derecho de defensa, en sus dos aspectos, tanto de los niños y adolescentes como de sus padres. Lo anterior debe, además, atender a la obligación de privilegiar el derecho del niño a permanecer con su familia ampliada, según el art. 5 de la CDN (cfr. los lineamientos de la Res. DGN 1234/2006).

La Ley de Protección Integral precisa el alcance del concepto de interés superior de las NNyA, el que debe respetar su condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, entre otras reglas. También hay que observar la regla establecida en su artículo 3 inc. c, que dispone “el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en

su medio familiar, social y cultural”, y en el inc. f el respeto a “su centro de vida”, el que “se entiende por [...] el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”. Estas normas, en lo que respecta a la niñez indígena, involucran el derecho a desarrollarse en el ámbito de su comunidad y de acuerdo a sus pautas culturales. También lo hace el artículo 6, que dispone la participación comunitaria cuando sostiene que “la Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes”. Este último supuesto, si bien no es una referencia explícita a los pueblos indígenas, gracias a la dimensión colectiva de la norma habilitaría a incluirlos.

Hay situaciones que pueden tener características complejas a causa de los diferentes aspectos que integran el conflicto. Un ejemplo de ello se da en los casos de desalojos. Por ese motivo, más allá de que la normativa sea clara en cuanto a la intervención de los defensores como representantes de las NNyA, desde la Defensoría General de la Nación, en el año 2008, se elaboró una recomendación general mediante la Resolución DGN N° 1119/08, donde se insta a los defensores -que actúan ante la justicia civil y penal- a intervenir en los casos de desalojos o causas donde se investiga el delito de usurpación, para que adopten todas aquellas medidas vinculadas con la protección integral de las niñas, niños y adolescentes que se vean afectados en cada caso. Especialmente, teniendo en cuenta que en esas situaciones se encuentra en juego el derecho a la vivienda, como derecho fundamental, con todos los riesgos que implica en el caso de su vulneración.

53

La representación en casos vinculados con derechos de los pueblos indígenas

A modo de principio general, puede enunciarse que la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la de las NNyA no presenta un escenario de intereses contrapuestos, es más, suele ser una vía confluyente entre ambos. También debe contemplarse la posibilidad de que la defensa pública intervenga sólo en representación de las NNyA indígenas en los supuestos en que la asistencia letrada de los miembros adultos de la comunidad se lleve a cabo por parte de abogados particulares, sin que suponga una contradicción de intereses, como se advierte que ocurre en algunos casos que relataremos como experiencia del Programa.

En este punto, compartimos a continuación la experiencia de algunos casos de esta índole, de los que tomó conocimiento el Programa sobre Di-

versidad Cultural de la DGN, con el fin de que esta exposición pueda ser útil para brindar una mejor asistencia jurídica.

Experiencias del Ministerio Público de la Defensa en la representación de las NNyA indígenas

Pueblo Mbya Guaraní, Comunidad Alecrín. Ubicada en Confluencia de los Arroyos Alegría y Piray Guazú, en las cercanías de la localidad de San Pedro, Provincia de Misiones

a) Problemática planteada: La comunidad ha sufrido la intrusión de algunas empresas que han realizado desmontes sobre el territorio comunitario, y sobre el lugar donde se encuentran enterrados sus ancestros.

b) Juzgado interviniente: Juzgado Federal de Eldorado. (En el inicio del proceso, el juez que intervino se declaró incompetente, lo que fue revocado por la Cámara Federal de Posadas que resolvió que correspondía la competencia federal).

c) Primer acercamiento: Por medio de la red de relaciones generada desde el Programa sobre Diversidad Cultural, uno de los abogados integrante de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI), se contactó con el Programa y señaló la importancia de articular la defensa de los niños y la defensa de la comunidad en general.

d) Planteo judicial, reseña del caso y resolución: Se solicitó la realización del relevamiento previsto por la Ley N° 26.160 (de Comunidades Indígenas), la escrituración y titulación del territorio tradicional de la comunidad. La acción fue iniciada por dos abogados particulares en representación de la comunidad, mientras que el Defensor Público Oficial de Eldorado se presentó como representante promiscuo de las niñas/os y adolescentes de la Comunidad Alecrín, y señaló la importancia de garantizar el efectivo goce del territorio comunitario por los niños, relacionando esa falta con el no cumplimiento de sus derechos fundamentales y, especialmente, la afectación a sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Actualmente, tras haberse dictado las medidas cautelares solicitadas, se está pendiente del pedido de ampliación de éstas.

Pueblos wichi y kolla entre otros, 33 comunidades indígenas, ubicadas en la zona de la Laguna de Guayatayoc -cuenca de Salinas Grandes, provincias de Salta y Jujuy. Caso “Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Provincia de s/Amparo”

a) Problemática planteada: El principal problema se vincula con la

contaminación del ambiente donde habitan las comunidades debido a la explotación de minerales como el litio y el borato, y la falta de consulta y participación de las comunidades indígenas.

b) Juzgado interviniente: La Corte Suprema de Justicia de la Nación por competencia originaria. Tras haber dictaminado la Procuración General de la Nación e intervenido y asumido la representación de las niñas, niños y adolescentes indígenas el Defensor Oficial ante el Máximo Tribunal (cf. arts. 59 del Código Civil y 54 de la LOMP), el día 28 de marzo de 2012 se realizó una Audiencia Pública en la que las partes expusieron las diferentes posiciones.

c) Primer acercamiento: Los abogados particulares que representan a las comunidades se contactaron directamente con la Defensoría General de la Nación y, de este modo, se dio intervención al Defensor Oficial ante la CSJN para que represente a los niños de las diferentes comunidades afectadas. Tras haber asumido la representación, el Señor Defensor Oficial ante el máximo Tribunal realizó una valiosa visita a los territorios indígenas, junto con un equipo interdisciplinario formado por integrantes del Programa sobre Problemáticas Sociales, un Médico perteneciente al Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la DGN, un Antropólogo y funcionarios del Ministerio Público de la Defensa. El objetivo de la visita se centró en tomar contacto personal con los representados, entrevistarlos y observar, en el lugar, la especial situación de los niños indígenas.

55

d) Planteo judicial, reseña del caso y resolución: Se inició una acción de amparo en contra de los Estados provinciales de Jujuy y Salta y contra el Estado Nacional, solicitando que se condene a los poderes públicos de las provincias mencionadas a arbitrar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de participación y consulta, a fin de expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección (investigación) y explotación de los recursos existentes en sus tierras. Además, se solicitó –para de garantizar la efectividad de la tutela judicial requerida- que se decrete, en forma inmediata, una medida cautelar que ordene a los Estados provinciales a abstenerse de otorgar cualquier permiso administrativo de cateo y/o exploración y explotación minera, en la zona de la sub-cuenca de la laguna de Guayatayoc-Salinas Grandes, especialmente las de litio y/o borato, y que se suspendan la ejecución de los permisos ya otorgados hasta tanto recaiga resolución fundada, estableciendo la plena aplicación y vigencia del principio precautorio. Tras haberse realizado la Audiencia Pública señalada, aún está pendiente de resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (al cierre de este trabajo).

*Pueblo Qom, Comunidad Potae Napocna Navogoh (La Primavera),
Departamento Pilcomayo, Provincia de Formosa*

a) Problemática planteada: Principalmente, el conflicto consiste en la falta de acceso al territorio tradicional y ancestral comunitario, y a limitaciones al territorio reconocido formalmente por el Estado provincial. Sumado a ello, la comunidad sufre la falta de derechos básicos como agua y acceso a servicios de salud, y situaciones de hostigamiento por parte de vecinos de la zona. Cabe señalar que la comunidad sufrió una fuerte represión en noviembre de 2010.

b) Juzgado interviniente: Actualmente, se encuentra en trámite ante la CSJN. La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia entendió que el máximo Tribunal debe intervenir por competencia originaria.

c) Planteo judicial, reseña del caso y resolución: Se interpuso una medida de no innovar donde se solicitó la interrupción de una obra. Se pretendía construir un instituto universitario en el territorio reclamado por la comunidad.

También se presentó una acción de amparo colectivo en orden a obtener la realización del relevamiento territorial y posterior reconocimiento y escrituración del territorio comunitario.

56

El 7 de marzo de 2012, se celebró una Audiencia Pública ante el máximo tribunal en el que se ventilaron las cuestiones de fondo y las distintas posiciones de los actores intervinientes en los procesos judiciales, conforme se reseña en un punto más adelante.

d) Primer acercamiento: Se acercó personalmente el líder de la comunidad indígena Qom a la Defensoría General de la Nación y solicitó la intervención del Ministerio Público de la Defensa. Desde entonces el Programa sobre Diversidad Cultural ha acompañado a la comunidad y brindando apoyo a los Defensores intervinientes.

La Audiencia Pública del 7 de marzo de 2012 ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de la causa “Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, Provincia de, s/ incidente de medida cautelar” en trámite en la Secretaría de Juicio Originarios de ese Alto Tribunal, convocó a una importante Audiencia Pública para el reconocimiento de los derechos colectivos de la comunidad Qom Potae Napocná Navogoh, La Primavera, cuya representación está a cargo del Ministerio Público de la Defensa. La Audiencia fue realizada para avanzar en la búsqueda de una solución que garantice la vigencia de los derechos al territorio y a la cultura de la comunidad indígena, y constituye un hito de

trascendencia para la protección de los derechos de la niñez indígena, por lo que merece una breve reseña.

El caso se originó a raíz del conflicto generado por los trabajos de desmonte y demarcación iniciados por el gobierno provincial para la instalación de un edificio universitario en un terreno que forma parte de las tierras tradicionales que pertenecen a la Comunidad. El 24 de septiembre de 2010, el conjuet Pablo Núñez Pividori emitió una medida cautelar por la cual ordenó que se detuvieran las obras edilicias que la Universidad Nacional de Formosa planificaba realizar en los territorios en conflicto. En aquella instancia, la comunidad La Primavera estuvo representada por el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Chaco, Dr. Gonzalo Molina. Además, en el marco de este conflicto, el día 23 de noviembre de 2010, se produjeron dos muertes durante una represión policial para desalojar la ruta nacional 86, donde miembros de la Comunidad realizaban una protesta social. Como consecuencia de ese hecho y a pedido de la Defensoría General de la Nación y el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó una medida cautelar el día 21 de abril de 2011, para que el Estado Nacional proteja la vida e integridad física de los líderes y miembros de la comunidad.

La Audiencia Pública ante el Máximo Tribunal se celebró el 7 de marzo de 2012, con la participación del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Horacio Langevín, quien solicitó que se reconozca el derecho a su territorio a la comunidad.

Antes de la realización de la Audiencia Pública, el Sr. Defensor Oficial ante la Corte se trasladó hasta la Comunidad La Primavera. El objetivo de esa visita se centró en tomar contacto personal con los representados por el Ministerio Público de la Defensa y, asimismo, observar allí la especial situación de las niñas, niños y adolescentes integrantes de la Comunidad Indígena, así como el impacto del conflicto por la situación territorial en la Comunidad.

Para ello, se conformó un equipo de trabajo multidisciplinario compuesto por licenciadas en Trabajo Social pertenecientes al Programa sobre Problemáticas Sociales de la Defensoría General de la Nación, un médico perteneciente al Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la DGN, antropólogas e investigadoras del CONICET y funcionarios letrados de la Defensoría General de la Nación. Esos profesionales entrevistaron y visitaron a varios miembros de la Comunidad, y registraron los diferentes centros de salud, educación y religiosos enclavados en el territorio, a efectos de recabar datos para la conformación de un informe de situación por especialidad. Entre las necesidades advertidas, se destacaron la falta de acceso a la salud, al agua y al territorio.

También se realizó un peritaje antropológico para establecer la relación entre el territorio reclamado y la construcción de identidad de la Comunidad, con especial hincapié en las incidencias del conflicto suscitado en la niñez Qom. El Dr. Langevín presentó los informes técnicos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a efectos de ilustrar la situación de sus representados.

El Sr. Defensor Oficial, durante su exposición ante la CSJN, relató las diversas etapas históricas del conflicto territorial, y remarcó que, a lo largo del proceso, ni el Estado Nacional ni la provincia de Formosa habían tenido en cuenta el interés superior de las niñas, niños y adolescentes de la Comunidad. En ese marco, subrayó no sólo la normativa del artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT, sino que invocó, además, las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas en su Observación General N° 11. Finalmente, el Sr. Defensor conjugó el reclamo territorial con los derechos y garantías de índole constitucional y convencional que se vieron afectados en el caso: el principio de no discriminación, el derecho a ser oído, a la seguridad personal, a la salud, a la alimentación, a la educación y a la identidad cultural.

En la audiencia también participaron el presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), Daniel Fernández; el rector de la Universidad Nacional de Formosa, Martín Romano y miembros del Centro de Estudios Legales y Sociales, que se presentó en calidad de *amicus curiae* en la causa. En representación de la provincia, intervinieron el ministro de Gobierno, Jorge González; la Fiscal de Estado, Stella Maris Zabala de Copes y funcionarios del Instituto de Colonización y Tierras Fiscales. También se presentó Félix Díaz, *Qarashe* autoridad de la comunidad indígena, y Cristino Sanabria, presidente de la Asociación Civil Comunidad Aborigen La Primavera. El presidente del Máximo Tribunal, Ricardo Lorenzetti, la vicepresidenta Elena Highton de Nolasco y los ministros Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi, Eugenio Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay escucharon las distintas posturas y realizaron algunas preguntas a los expositores.

La audiencia realizada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultará de suma importancia para avanzar en la búsqueda de una solución de fondo que garantice la vigencia de los derechos fundamentales de la comunidad indígena.

ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES VINCULADOS CON LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS

En este apartado se enuncian algunos criterios de jurisprudencia nacional e internacional

Derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas en el ámbito nacional

“Comunidad mapuche Paynemil s/ acción de amparo” (Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén)

La Defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén interpuso, en 1997, una acción de amparo para garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil afectados por el consumo de agua contaminada con plomo y mercurio. En la acción, solicitó que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de las personas menores de edad afectadas, y a adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua. La Comunidad, junto con otra comunidad mapuche Kaxtripaiñ, vive sobre el yacimiento Loma de la Lata, el más importante yacimiento gasífero del país, explotado por YPF y, posteriormente, por YPF REPSOL. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirmó la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la acción y condenando al Poder Ejecutivo Provincial a: 1) proveer 250 litros de agua potable diarios por habitante; 2) asegurar -en el plazo de 45 días- la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a ese fin; 3) poner en funcionamiento -en el plazo de 7 días- las acciones tendientes a determinar si existían daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo; 4) realizar los tratamientos necesarios para su curación; por último, 5) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación. El Tribunal entendió que había existido una omisión arbitraria del Estado Provincial -la omisión de actuar con la debida diligencia- en la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad y, en particular, de los niños que la

integran. Después, a raíz del cumplimiento parcial de la sentencia (sólo se les provee agua potable en forma diaria), los demandantes, de nuevo mediante la Defensora Oficial de Menores, recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o CIDH; véase la causa *Comunidades Paynemil y Kaxipayiñ* -Nº 12.010-, en el título “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Anexo). Paralelamente, el 27 de marzo de 2002, las comunidades mapuches presentaron una acción contra la empresa Repsol-YPF por los daños y perjuicios que sufrieron en su territorio como consecuencia de la explotación hidrocarburífera.

“Sánchez Juan-Comunidad de Monteveo-Ceboyos c/ Estado Nacional” (Cámara Federal de Apelaciones de Salta)

El cacique de la comunidad Wichi “Monteveo-Ceboyos” de la provincia de Salta promovió una acción de amparo con el objeto de proteger la supervivencia de sus integrantes, que carecen de agua entre otros servicios básicos. En la misma presentación, se solicitó la intervención del Defensor de personas menores de edad. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas solicitó el rechazo de la acción de amparo por la ausencia de constancia en sus registros de una petición administrativa previa, pero el juez de primera instancia, el 9 de febrero de 2009, hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenó al Estado Nacional a que, en el plazo de 60 días, proceda a realizar la construcción de un pozo para la extracción de agua y a otorgar los elementos necesarios para ello (motores, combustible, etc.) en la comunidad Monteveo-Ceboyos.

El Estado apeló la sentencia, agraviándose porque la comunidad no había efectuado reclamo administrativo previo a la presentación del amparo y argumentó que el INAI no es un organismo proveedor de agua potable, sino que las construcciones de pozos están a cargo de organismos provinciales con facultades específicas en el tema. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta, el 2 de julio de 2009, confirmó el pronunciamiento de primera instancia, para lo cual tuvo en cuenta que la comunidad afectada se hallaba en serias dificultades para realizar el reclamo administrativo previo a causa del idioma y la escritura, de la falta de conocimientos, movilidad y accesibilidad a las oficinas, correos, computadoras y profesionales. En este sentido expresó:

Esta dificultad (cultural o de conocimientos) del pueblo Wichi para hacer lo que el INAI insiste que debió hacer, es manifestada a fs. 156 por los Licenciados Emiliana Buliubasich y Héctor Eduardo Rodríguez (docentes de antropología de la Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Salta) al producir su informe. Y las dificultades prácticas se evidencian a lo largo de todo el expediente, y si así no fuera, podrían igualmente imaginarse a partir

del objeto del amparo, cual es el reclamo de algo tan elemental como contar con agua en el paraje en el que habitan.

Asimismo, expresó:

...a pesar de conocer la situación por pública y notoria, o bien por el amparo interpuesto, el INAI como organismo responsable de entender en cuestiones vinculadas con las poblaciones originarias, no buscó la manera de asistir en este problema a la accionada, no formuló plan alguno, solicitó o tramitó subsidio, sino que se amparó en la falta de presentación por parte de la comunidad de su reclamo formal administrativamente encausado. En este punto, al analizar la guía para la elaboración y presentación de proyectos (fs. 24 a 34) se concluye en que -aun cuando pudiera eventualmente coincidir en que se omitió la vía administrativa previa- el INAI una vez que tomó conocimiento del reclamo debió ayudar a la comunidad de Monteveo Ceboyos, asistiéndola, acompañándola, asesorándola, gestionando por sí (o por quienes corresponda) soluciones provisionales y urgentes hasta tanto el proyecto fuera evaluado y obtenida la financiación pertinente para dar la respuesta definitiva y sustentable que el caso en análisis requiere.

“Chiquichano, Francisco –Comunidad Aborigen de Blancuntre” (Juzgado de Familia de Puerto Madryn)

El presidente de la comunidad indígena de Blancuntre interpuso un mandamiento de ejecución contra el Ministro de Cultura y Educación de la Provincia del Chubut a fin de que se le ordene que dé cumplimiento a la resolución 665/95 MCyE, disponiendo lo necesario para que en el radio de la Aldea Escolar de Blancuntre no se instalen comercios y los ya instalados sean removidos y/o clausurados, por la amenaza que representa la venta de bebidas alcohólicas para los derechos a la salud, a la educación y a la paz social de la vida comunitaria. Además, solicitó una medida cautelar para que se disponga la clausura del comercio de Flaminio C. Montenegro y/o Norma Lcaste y/o cualquier otra persona si se instala en las tierras reservadas a la Aldea Escolar de Calcuntre y, especialmente, que se prohíba la venta de bebidas alcohólicas en el predio de la Aldea. El juez interviniente hizo lugar a la medida cautelar solicitada y expresó:

En orden a la verosimilitud del derecho invocado, resulta evidente que la instalación de un comercio a través del cual se venden bebidas alcohólicas en el radio de una Aldea Escolar amenaza el derecho a la salud y a la educación en condiciones adecuadas de los niños de la comunidad que a ella concurren – arts. 19.1, 24.1, 28, 29 y ss. de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 27 y 28 de la Constitución provincial, arts. 9 y 10 de la Ley 4347- y en relación a los demás integrantes de la Comunidad Aborigen vulnera el derecho a su identidad cultural, a la gestión de los intereses que los afecten y a su preservación social y cultural como tal –arts. 34 Constitución provincial, 1 de la Ley

23302 y 1 de la ley provincial 3657), al afectar las condiciones de convivencia comunitaria introduciendo a través del consumo indiscriminado de alcohol, factores negativos que indudablemente contribuyen a generar situaciones de violencia social, familiar o escolar.

Además, resaltó:

“Que en particular, se ha reconocido en doctrina la posibilidad de recurrir a la vía de los intereses colectivos o difusos como una manera de encontrar acciones preventivas y comunes, que contribuyan en forma positiva al proceso de desarrollo del niño (Conf. Mendoza, Arsenio Francisco: “Derechos difusos de los niños”, en “Minoridad y Familia, Revista interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez, adolescencia y el grupo familiar”, Delta Editora, n° 6, pág.43 y ss.), por lo que compartiendo esta línea de pensamiento, resulta destacable el grado de concientización de la comunidad aborígen representada por el aquí presentante respecto a los derechos de los niños que la integran y el compromiso evidenciado en su defensa, preocupación que debe tener la adecuada respuesta jurisdiccional.”

Derechos de niñas, niños y adolescentes indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010

El 24 de agosto de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia a favor de una comunidad indígena Xákmok Kásek de Paraguay, que reclama sus tierras ancestrales, condenando al Estado a restituir las tierras reclamadas. Esto se relaciona con la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek y sus miembros. Desde 1990, estaba tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, sin que hasta la fecha se hubiera resuelto satisfactoriamente. Lo anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por sus propias características, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros y la integridad de la Comunidad. La sentencia reafirma la doctrina de la Corte Interamericana respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Diezmados, despojados de sus tierras y con el acceso restringido para realizar las actividades de su economía tradicional (caza, pesca, recolección agricultura y cría de animales domésticos) muchos indígenas se vieron y se ven obligados a trabajar en las estancias bajo condiciones de semiesclavitud. Tal es el caso de los miembros de Xákmok Kásek y Coraí, quienes han sido explotados laboralmente por

más de 40 años por los propietarios de la estancia Salazar, quienes les niegan además sus derechos a tener hacienda propia y a cultivar la tierra. Un ejemplo de esta explotación constituye la remuneración de los indígenas, quienes durante varios años recibieron de los propietarios sólo caña de baja calidad como pago por su trabajo.

A nivel formal, los niños y niñas de la comunidad Xákmok Kásek se encuentran entre las personas más afectadas por la falta de documentos de identidad. Esta carencia pone en serio peligro el acceso a los servicios públicos de educación, salud, asistencia sanitaria, bienestar social, entre otros. Los miembros de la comunidad se encuentran en una situación de vulnerabilidad y riesgo extremo, viven en condiciones de precariedad inhumana, sin atención médica adecuada, lo que ha implicado la muerte de varios de sus miembros. Ello contribuye a profundizar las condiciones de marginalización y discriminación de los integrantes de la comunidad.¹

A continuación, transcribimos algunos párrafos relevantes de la Sentencia de la Corte IDH en este Caso:

Igualmente, resulta preocupante que 11 de los 13 miembros de la Comunidad cuya muerte es imputable al Estado (supra párr. 234), eran niños o niñas. Más aún, la Corte nota que las causas de dichos fallecimientos se hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte del Estado. Por ello, difícilmente se podría decir que el Estado ha adoptado las medidas especiales de protección que debía a los niños y niñas de la Comunidad. (Xákmok Kásek. Considerando 260).

63

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.

Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. (Xákmok Kásek. Considerandos 261 y 262).

En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la

¹ Resumen del Boletín de Jurisprudencia Internacional, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, núm. 6, marzo de 2012.

Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos. (Xákmok Kásek. Considerando 263).

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012

En el caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, la Corte IDH por medio de la sentencia del 27 de junio de 2012, responsabilizó al Estado por la violación, entre otros, de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana y en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. En relación específica a la niñez indígena, sostuvo que “la paralización de las actividades cotidianas del pueblo y la dedicación de los adultos a la defensa del territorio, ha tenido un impacto en la enseñanza a niños y jóvenes de las tradiciones y ritos culturales, así como en la perpetuación del conocimiento espiritual de los sabios”. Por su parte, tras visitar el Pueblo Sarayaku, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República de Ecuador concluyó, en cuanto a la población, que existía “violación de los derechos humanos, al haber ocasionado un grave daño psicológico a los niños de la comunidad, al observar el enfrentamiento con los militares, policías y miembros de seguridad”.

64

Caso Comunidades Paynemil y Kaxipayiñ. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Nº 12.010)

La Defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén denunció, en marzo de 1998, ante la CIDH la violación del derecho de NNyA a las medidas de protección que su condición de persona menor de edad requiere, de los derechos a la salud, al medio ambiente sano, a la propiedad de la tierra, y a la provisión de recursos judiciales efectivos. Como ya señalamos, en forma previa, la Defensora Oficial había interpuesto una acción de amparo en primera instancia a fin de garantizar la salud de las NNyA de la comunidad indígena mapuche Paynemil afectados por el consumo de agua contaminada con plomo y mercurio. El tribunal que intervino ordenó al gobierno provincial la provisión inmediata de agua de emergencia en el término de 2 días; en el de 45 días la provisión permanente de agua por cualquier medio; en el plazo de 7 días poner en marcha estudios para determinar la existencia de daños por contaminación de metales pesados en los habitan-

tes y, en caso afirmativo, realizar los tratamientos necesarios para su curación; y tomar las previsiones necesarias para preservar el medio ambiente. Pero, ante el cumplimiento parcial de lo ordenado, la Defensora realizó la denuncia ante la CIDH. En ese marco, las partes llegaron a un acuerdo por el cual el Estado Nacional se comprometió a tratar a los NNyA afectados en el Hospital Gutiérrez de Buenos Aires, al monitoreo de la planta de tratamiento y potabilización de agua a construirse en el lugar por parte de las comunidades mapuches. También el Estado Nacional se comprometió a entregar la información que poseía acerca de la explotación del yacimiento de Loma de la Lata, en especial, de los sitios de los pozos abandonados, piletas de oxidación y tuberías. El caso lleva el número 12.010, se encuentra desde septiembre de 1999 dentro del proceso de solución amistosa, y en el mes de julio de 2002 se produjo la visita del Secretario Ejecutivo, Santiago Cantón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

REFLEXIONES ACERCA DEL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS Y DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS¹

En este punto debe precisarse la necesidad de ofrecer un abordaje activo e integral para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El carácter colectivo y comunitario de estos derechos –cuya titularidad está en cabeza de sujetos colectivos en condiciones de vulnerabilidad– y su intersección con la especificidad de la protección integral de los derechos de las NNyA indígenas, reconocida tanto por la normativa nacional e internacional, sumada a sus condiciones culturales, sociales y económicas, parece requerir un esfuerzo aún mayor por nuestra parte para poder trabajar con la problemática que presentan cada vez que una persona indígena se acerca a solicitar asesoramiento o a reclamar por sus derechos.

Desde la Defensoría General de la Nación se ha puesto énfasis en esta situación y se comenzó a trabajar en la capacitación de los defensores, fortaleciendo así las líneas de trabajo. Sobre esto se destaca la Resolución DGN nro. 1106/09, del 8 de septiembre de 2009, en la que se mencionó:

...considerando la especial situación de vulnerabilidad en que se halla este grupo, particularmente en lo relacionado con la efectiva realización de sus derechos y los obstáculos que se les presentan para su pleno desarrollo, y teniendo en cuenta el principio pro homine, toda decisión que se adopte en orden a la intervención de los agentes de este Ministerio deberá orientarse en el sentido de favorecer el acceso a la justicia de los pueblos originarios de manera de que puedan instar las acciones que resulten pertinentes para la satisfacción de sus derechos.

Por ello:

...en las medidas de protección que se lleven a cabo habrán de tenerse en cuenta las particularidades propias de estos pueblos, sus características económicas y sociales, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (cfme. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1972, OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2, 13 marzo 1973 Original:

¹ El Programa sobre Diversidad Cultural agradece a la Dra. Silvina Zimmerman (Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y Abogada integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales), su colaboración en este apartado.

español; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 51 y 63; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008).

También se afirmó:

...la defensa pública debe jugar un rol proactivo para colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el pleno acceso a la justicia de los pueblos indígenas, respetuoso de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de protección, instando la colaboración de otras entidades y/u organismos nacionales o provinciales, o la actuación coordinada, en los casos en que correspondan, atendiendo los límites de actuación legales de este Ministerio.

De este modo, con fundamento en lo anterior, mediante la resolución citada se dispuso “instar a los Defensores Públicos, conforme sus respectivos ámbitos de actuación, a la adopción de medidas proactivas para el resguardo de los derechos de los integrantes de los pueblos originarios y su efectivo acceso a la justicia.”²

Algunas sugerencias para una adecuada atención de la defensa pública

Presentaremos algunos criterios posibles de atención de personas pertenecientes a pueblos indígenas y de las NNyA indígenas, por parte de la defensa pública, derivados de la experiencia y del intercambio entre los diferentes actores involucrados en la temática, participantes de los encuentros desarrollados en las ciudades de Salta y Corrientes³. Haremos algunas referencias y recomendaciones para ser tenidas en cuenta por la Defensa Pública ante la consulta de adultos y NNyA indígenas:

- **Identificación cultural:** Con el fin de cumplir con la identificación de la diversidad cultural, en todas las causas en las que sean parte personas indígenas se podría rotular la carátula del expediente con esa información, consignando además el grupo étnico y el pueblo al que pertenece.

² Véase Anexo II. Resolución DGN N°1106/2009.

³ En Costa Rica, a partir del reconocimiento de la necesidad de fortalecer la asistencia jurídica de las comunidades, la Defensa pública elaboró las “Reglas prácticas para facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas” (2009), que fueron consultadas para la elaboración de la presente publicación.

- **Principio de no discriminación y de igualdad de derechos:** En cada presentación de personas pertenecientes a comunidades indígenas es preciso prestar una especial atención a la posibilidad que hayan ocurrido actos discriminatorios a la condición étnica, por parte de organismos públicos y/o de sujetos privados, en las diferentes demandas que ellas hayan requerido, así como la posible existencia de un contexto general discriminatorio en el que se desarrolle la vida cotidiana de la comunidad. Esto último, debe ser tenido en cuenta muy en particular por parte de la Defensa Pública cuando realice las diferentes entrevistas con las personas indígenas, porque las situaciones de discriminación sistemática y estructural son causa de una predisposición a la desconfianza general hacia las instituciones públicas y privadas, lo que incluye tanto a la administración de justicia como a la defensa oficial.

La discriminación por motivos étnicos forma parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha catalogado como “categorías sospechosas” de discriminación, cuyo análisis impone la necesidad de que cualquier desigualdad establecida sea objeto de un exhaustivo control de constitucionalidad y convencionalidad. La inclusión bajo esta categoría genera un plus de protección para las comunidades indígenas e implican un mandato sobre los funcionarios públicos, quienes deben actuar con la presunción de que existe una situación discriminatoria y adoptar las medidas necesarias para revertirla.

69

- **Representación de las NNyA indígenas:** En todos los casos en que se vean involucrados los derechos colectivos de los pueblos indígenas correspondería la intervención de la defensa pública por representación de las NNyA indígenas –por ejemplo, por medio del Asesor de Menores según la jurisdicción-, con el fin de la protección integral de sus derechos y del reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. En todas las comunidades indígenas hay NNyA indígenas, por lo que la Defensa Pública podría evaluar, en cada caso, el grado de afectación a sus derechos y la posible intervención en orden a la protección del interés superior del niño indígena.
- **Uso de normativa internacional:** Se recuerda la importancia de utilizar, en sus estrategias de defensa, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como de los instrumentos internacionales generales en materia

de derechos humanos y, de forma específica, los que se refieren a la protección del derecho de igualdad y no discriminación; ya que todos ellos tienen implementación obligatoria en el orden interno. Además, debe siempre fundarse en el conocimiento de la normativa local específica sobre la materia indígena.

- **Traductores e intérpretes:** En todos aquellos casos en que una parte se identifique como persona indígena y no demuestre un dominio y comprensión real del idioma español, es obligación de la Defensa Pública solicitar el nombramiento de un traductor o intérprete en el idioma autóctono del asistido. Esta disposición deberá cumplirse tanto para las diligencias judiciales que se realizan en el marco de un proceso, como para cuando se entrevista al asistido y/o en las visitas carcelarias. En realidad, el intérprete debe ser garantizado por una razón cultural, más allá del nivel de comprensión que la persona tenga del idioma español, ya que la visión y comprensión del mundo están ligados a la lengua, a partir de la cual construimos asignaciones de sentido. Así, “las lenguas de los pueblos originarios no sólo manifiestan otra apreciación del mundo, sino otro modo de enfocar la realidad, de filosofar a partir de ésta y de organizarla de manera distinta”⁴, lo que evidentemente debe ser incorporado a los fines del ejercicio de su derecho a la defensa.
- **Revisión de actos y diligencias ya realizadas:** En el mismo orden que el punto anterior, también es importante que la Defensa Pública verifique, en su primera intervención, el dominio y comprensión real del idioma español por parte del asistido en todos los actos judiciales ya cumplidos y diligencias de prevención realizadas por parte de autoridades policiales y/o administrativas, ya sea que el asistido tenga la condición de imputado de la comisión de un delito o de víctima. Caso contrario, posiblemente vaya en desmedro del asistido y afectaría su garantía de defensa. En tal caso, la Defensa Pública podría evaluar la interposición de los planteos procesales que considere oportuno –por ejemplo, un pedido de nulidad–, para lograr una mejor defensa con invocación de normativa nacional e internacional propia de la materia indígena.
- **Asistencia jurídica:** Es conveniente que la asistencia jurídica de

4 Cfr. los estudios de Carlos Lenkersdorf sobre la cultura de los pueblos mayas, entre otros, *Filosofar en clave tojolabal*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2002.

las personas indígenas incluya una descripción básica y esencial del significado del proceso jurídico en el que se encuentran involucradas, así como también de las partes que participan, sus funciones específicas y las posibilidades y fines del proceso. Esto es importante porque los modos de resolución de conflictos en el derecho indígena y en el interior de las comunidades tienen diferencias respecto del sistema jurídico estatal establecido, por lo que tal diferencia cultural podría afectar la comprensión de las consecuencias jurídicas del proceso en desmedro del acceso a la justicia y el derecho a la defensa. Al respecto, se sugiere recabar la posible colaboración de las autoridades comunitarias en el proceso de formación y explicación a la comunidad.

- **Peritajes culturales:** En aquellas causas en las que resulte necesario demostrar la condición de indígena de alguno de los asistidos, o bien sea relevante la ponderación de valores o bienes jurídicos de la etnia a la que pertenecen, o sus prácticas consuetudinarias y tradicionales en un contexto de pluralismo jurídico, deben solicitarse peritajes culturales, en especial con vistas a fundar una petición liberatoria o bien sostener la concurrencia de hipótesis atenuantes. Por ejemplo, en causas de índole civil es necesario demostrar la existencia misma de la comunidad, el tiempo histórico que lleva ocupando el territorio y la modalidad específica de relacionarse con la tierra, para lo cual resulta fundamental el aporte al proceso de estudios antropológicos y culturales.
- **Identificación de usos y costumbres, y de motivaciones normativas propias de la comunidad indígena:** Es preciso advertir cuál es el grado de comprensión del sistema normativo nacional y provincial por parte del asistido. También la defensa debe identificar en qué medida nuestro asistido ha motivado su actuar de acuerdo a normativa propia de carácter indígena, y cuál podría ser la eventual contradicción con el sistema jurídico estatal (sea en el ámbito municipal, provincial o nacional)⁵. Esta indicación corresponde tanto a la totalidad de los procesos: de carácter penal, civil, laboral o contencioso administrativo.
- **Derechos de las personas privadas de la libertad:** En estos casos,

⁵ Además, en los casos penales deberá promoverse la aplicación de penas distintas al encarcelamiento y tener en consideración lo previsto por los arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 OIT.

la Defensa debe velar por el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en el establecimiento donde cumple el encierro. Por eso, debe promover que la persona indígena cuente con la posibilidad de realizar sus prácticas, usos y costumbres en el ámbito de encierro, así como de lograr una adecuada comprensión de las reglas penitenciarias. Además, la Defensa debe procurar que el asistido indígena pueda mantener los lazos con la comunidad a la que pertenece, la que suele residir en zonas rurales distantes de donde se encuentran los institutos penitenciarios o de encierro, factor que obstaculiza el ejercicio de los derechos culturales, afecta a la identidad indígena –agregándole un sufrimiento injustificado- y no contribuye a la reinserción social.

- **Conocimiento del entorno:** Es importante que, en la medida de lo posible, los defensores y defensoras públicas que se desempeñen en regiones donde residan comunidades indígenas, las visiten con el fin de conocer el entorno geográfico y cultural en el que se desenvuelven las personas indígenas que, en forma actual o posible, requieran de nuestra asistencia jurídica.
- **Capacitación y difusión de derechos y modos de ejercerlos:** Debe evaluarse la posibilidad de realizar en forma periódica eventos de capacitación y de difusión de derechos, y de los mecanismos administrativos y jurídicos destinados a las comunidades indígenas, los que deben realizarse cerca de ellas. Esta práctica fortalecería la capacidad de ejercer sus derechos colectivos, así como también ayudaría a consolidar el intercambio necesario entre la comunidad y los miembros de las defensas públicas.

Sobre esto, cabe citar la Resolución DGN nro. 168/09 del 18 de febrero de 2009, donde se sostiene: “la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos es aún mayor cuando se trata de personas o grupos que encuentran mayores obstáculos para su ejercicio, ya sea por la falta de conocimiento acerca de las herramientas que permiten el reclamo o acceso al goce de ciertos derechos”.

- **Identificación de las autoridades comunitarias:** En cada caso en que se requiera la asistencia de personas indígenas, la defensa pública debe identificar la comunidad y pueblo al que pertenece el asistido. En esa oportunidad, la Defensa debe procurar identificar a las personas que sean las autoridades comunitarias o representantes del colectivo, con el fin de recabar de ellas, en carácter de interlocutoras, la información necesaria para una mejor defensa de sus derechos. Del mismo modo, la Defensa debe evaluar, para una

mejor asistencia, la posibilidad de recurrir a personas especialistas en el estudio de las normas, prácticas y costumbres de la comunidad específica en cuestión, que podría ser algún antropólogo con experiencia y vínculos con ésta, pero también miembros de la propia comunidad (por ejemplo, una autoridad comunitaria). La identificación de las autoridades también es importante porque es el interlocutor válido para el propio defensor, el que debe respetar a esas autoridades y los procedimientos de toma de decisión de la comunidad. En el supuesto de que haya más de una representación de la comunidad, como puede darse cuando en el ámbito provincial se reconoce la existencia de una asociación civil o alguna otra forma de personería jurídica previamente otorgada que cuenta con autoridades propias, lo ideal es avanzar hacia una forma de representación unificada con el consenso de todos los miembros.

- **Fortalecimiento del trabajo en red para garantizar un mejor acceso a la justicia de los pueblos indígenas:** Cada vez que se asista jurídicamente a una persona o comunidad indígena, es importante relevar si ya se ha relacionado con algún organismo público y/u organización de la sociedad civil. En ese caso, el vínculo de la defensa pública con tales organismos podría ser de gran utilidad para un mejor acercamiento a nuestros asistidos y para la obtención de una información más precisa, con el fin de brindar una asistencia integral y coordinada.
- **Casos de indígenas urbanos:** Existe un número importante de personas que se autoadscriben como indígenas y que viven en contextos urbanos, en general producto de la migración interna de miembros de su comunidad. Una de las necesidades recurrentes es el mantenimiento del vínculo con la comunidad de origen, de sus costumbres en un ámbito urbano que se presenta como hostil, y el respeto y reconocimiento a su identidad indígena y a sus derechos colectivos. De este modo, si no se advierte la condición de indígena de nuestro asistido, se dificultaría la prestación de una adecuada asistencia jurídica así como también no se adoptarían las medidas necesarias para la remoción de obstáculos que dificulten el correcto acceso a la justicia. En este punto, debe prestarse especial atención a la comprensión y real dominio del idioma español y del significado de los actos administrativos y/o judiciales que lo involucren.
- **Participación en las decisiones del proceso:** Las decisiones que se adopten en el proceso legal, en orden al despliegue de las dife-

rentes estrategias de defensa que se adopten, se deben tomar en consulta con la comunidad, por medio de sus autoridades representativas y respetando sus procedimientos de toma de decisiones en el interior de la comunidad. Es importante que la Defensa, a fin de generar un vínculo de confianza con la comunidad y las personas indígenas, oriente su actuación con criterio de interculturalidad, con especial cuidado a la desconfianza habitual que suelen tener las personas indígenas fundada en el histórico trato discriminatorio dispensado hacia ellas.

En el citado estudio “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas” se realizan algunas de recomendaciones posibles, tales como:

- La creación, dentro de la Defensa Pública Nacional y Provincial, de unidades especializadas en derecho de los pueblos indígenas y de niñez, con posibilidades de descentralización de estos órganos y accesibilidad respecto de las zonas en donde viven las comunidades.
- La incorporación de traductores e intérpretes especializados que puedan actuar ante necesidades concretas de las personas, de las comunidades, y de las niñas, niños y adolescentes indígenas.
- Recordar a los operadores del sistema judicial que deben tomar en consideración los usos y costumbres a la hora de juzgar y decidir sobre los derechos de una persona o comunidad indígena, e incluir su cosmovisión; así como considerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes indígenas.
- Promoción de programas de actualización dentro de los ministerios públicos, en especial respecto de las defensorías, sobre los derechos de los pueblos indígenas y de la niñez indígena.
- Creación de observatorios de conflictos judiciales que involucren a los pueblos indígenas y, en particular respecto de la niñez, así como de promoción de acciones de litigio estratégico.
- Promover instancias permanentes de diálogo y consultas entre los operadores del sistema judicial, los miembros de las defensorías y del ministerio público y las comunidades indígenas.

Por otro lado, como consecuencia de los diferentes trabajos mencionados, se hace evidente la necesidad de lograr que haya una articulación y coordinación entre el trabajo de los defensores públicos federales y provinciales. La defensa pública es una garantía de acceso a la justicia para los pueblos indígenas que requiere trabajar en forma mancomunada por medio de sus diferentes jurisdicciones y competencias. Éste constituye el mayor desafío para todos.

ANEXOS

1. Resolución DGN 1290/08: Creación del Programa sobre Diversidad Cultural
2. Resolución DGN 1106/09: Instar a los Defensores Públicos, a la adopción de medidas proactivas para el resguardo de los integrantes de los pueblos originarios y su efectivo acceso a la justicia.
3. Resolución DGN N° 1305/2011 - Resolución OEA N° 2656. Rol de los defensores públicos oficiales. Garantías para el acceso a la justicia
4. Artículos de la Constitución Nacional y Constitución Provinciales vinculados con derechos de los pueblos originarios.
5. Decreto 294/2012: Prórroga del decreto 278/2011. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños recién nacidos y de hasta los 12 años que no hubiesen sido inscriptos (...)
6. Nota de página 12 sobre chineo/niñas wichi
7. Dictamen del Comité de Derechos Humanos sobre el caso LNP
8. Observación General N°11 – Comité de Derechos del Niño, sobre Los niños indígenas y su derechos en virtud de la convención

RESOLUCIÓN DGN N° 1290/08

Buenos Aires, 4 de septiembre de 2008

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, una gran mayoría de los pueblos originarios de América ha sido objeto de históricas discriminaciones y desigualdades, que los llevaron a vivir marginados socialmente. Especialmente, han sido afectados por la pobreza y la exclusión, debiendo afrontar grandes dificultades para cubrir necesidades básicas.

Que, en virtud de los principios de universalidad, igualdad y no discriminación, el derecho internacional de los derechos humanos les ha reconocido una amplia gama de derechos y garantías orientados a salvaguardar su desarrollo físico y mental, entendiéndose que las políticas orientadas a su protección demandan una especial atención (United Nations Development Group Guidelines on Indigenous People's Issues, Febrero 2008).

Que uno de los instrumentos de protección más importantes relacionado con la cuestión es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (aprobado por Ley N° 24071 y ratificado internacionalmente en el año 2000), mediante el cual los Estados Partes se comprometen, entre otras cuestiones, a proteger los derechos de los pueblos originarios; garantizar su integridad; promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo que deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

Que, más recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. El documento reconoce los derechos de los pueblos indígenas en un amplio rango de materias y provee un marco universal de protección para la comunidad internacional de los Estados. La Declaración plasma los derechos que los Estados deben aspirar a reconocer, garantizar e implementar. Ene se orden, se establece un marco para la discusión y diálogo entre los pueblos indígenas y los Estados.

Que, en ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la protección especial de los pueblos indígenas “constituye,

tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados” (expuesto en oportunidad de considerar un proyecto de resolución sobre el tema de las poblaciones indígenas presentado por el Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, como una contribución al estudio del mismo (doc. 38-299); cfme. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1972, OEA/Ser.L/V/II/29 Doc. 41 rev. 2 13 de marzo 1973, Original: español).

Que, por su parte, en el orden interno, por Ley N° 23302 se declaró de interés nacional la atención y el apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación.

Que, asimismo, mediante la incorporación del art. 75, inc. 17, en la reforma constitucional del año 1994, se introdujeron los derechos de los pueblos indígenas, constituyendo un significativo avance en la política de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de nuestro país.

Que a partir de ese reconocimiento constitucional se ha configurado un nuevo nivel de protección de la diversidad cultural, circunstancia que demanda la adopción de medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

78

Que, en esa línea, se ha reconocido que *“la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos”* (art. 4, Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural).

Que, en ese orden, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, afirmando que *“la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad”* y *“encomiando la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos”* aprobó, el 20 de octubre de 2005, la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales* (aprobada por Ley N° 26305, y ratificada internacionalmente por nuestro país el 7 de mayo de 2008).

Que entre los principios rectores, la citada Convención establece que *“la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a*

minorías y la de los pueblos autóctonos” (cfme. Art. 2 – Principios rectores).

Que desde el ámbito de la Defensoría General de la Nación se vienen llevando a cabo actividades orientadas a la promoción de políticas de protección de los derechos humanos de personas particularmente vulnerables. En esa dirección se han puesto en marcha distintos programas para favorecer el acceso a la justicia y el respeto de los derechos de sectores más desfavorecidos, coordinados por la Secretaría General de Política Institucional (Res. DGN N° 158/98; N° 841/06; N° 441/06; N° 1071/07; N° 2049/07; N° 1421/07; N° 1966/07; y N° 2069/07).

Que, frente a ello y en atención a que la Ley Orgánica del Ministerio Público atribuye a la Defensora General el deber de *“realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos”* y *“promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados”* (art. 51, inc. d) y e), Ley N° 24946), se advierte la necesidad de crear en el ámbito de este Ministerio Público un programa piloto que promueva actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural, brindando apoyo a los integrantes de este Ministerio Público, y que actúe en coordinación con los programas y comisiones ya creados en el ámbito de la Defensoría General).

Que en virtud de las necesidades señaladas en párrafos anteriores y de los limitados recursos humanos y materiales existentes, el programa piloto dará prioridad a las actividades encaminadas a la defensa y protección de los derechos de los pueblos originarios.

Que en ese sentido, tendrá el propósito de colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, promoviendo la elaboración de estrategias y proyectos de colaboración y coordinación de actividades para proporcionar una oferta de servicios de información, consulta, derivación y asistencia, que actúe coadyuvando con la función de los defensores públicos oficiales del país e integrando a las distintas instituciones nacionales e internacionales vinculadas con la problemática (sean éstas organismos gubernamentales, agencias de las Naciones Unidas, organizaciones de la sociedad civil, universidades o institutos de investigación especializada), que puedan colaborar con la prestación de estos servicios.

Que, asimismo, teniendo en cuenta la complejidad de la problemática de los pueblos originarios distribuidos en el territorio nacional, el programa comenzará a llevarse a cabo como experiencia piloto en un ámbito territorial previamente identificado según las características sociales, económicas y culturales de sus habitantes, así como por las especiales necesidades de asistencia que presenten los pueblos indígenas del lugar y las posibilidades

de coordinar actividades con otras agencias involucradas, para que progresivamente se extienda a otras regiones.

Por ello, en función del artículo 51 de la Ley 24946, en mi carácter de Defensora General de la Nación,

RESUELVO:

I. CREAR como proyecto piloto en el ámbito de la Defensoría General de la Nación el *“Programa sobre Diversidad Cultural”*.

II. ESTABLECER que el *“Programa sobre Diversidad Cultural”* estará integrado por las Dras. Violeta Quesada, Prosecretaria Letrada de la Defensoría General, y Paula Barberi, Auxiliar de la Defensoría General de la Nación; y actuará en el ámbito de la Coordinación General de Programas y Comisiones de la Secretaría General de Política Institucional conforme lo dispuesto en la Resolución DGN N° 2069/2007.

Protocolícese, hágase saber y oportunamente archívese.

Fdo.: Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación.

Javier Lancestremere, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

RESOLUCIÓN DGN N° 1106/09

Buenos Aires, 8 de septiembre de 2009

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que atendiendo la necesidad de adoptar medidas especiales de protección de los derechos de los pueblos originarios y con el objetivo de promover actividades orientadas a la defensa de la diversidad cultural, brindando apoyo a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, por Res. DGN N° 1290/08, se creó el Programa sobre Diversidad Cultural en el ámbito de la Defensoría General de la Nación.

Que desde su creación, y no obstante el amplio abanico de derechos y garantías reconocidos a los pueblos indígenas en el ámbito nacional, regional e internacional (cfme. art. 75, inc. 17 CN; Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1989; Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas de 2007; Convenio sobre la Diversidad Biológica; leyes nacionales Nros. 23.302; 25.799; 26.160; 26.331; entre otros) se ha observado una variedad de obstáculos que deben sobrellevar los integrantes de las comunidades indígenas de nuestro país para alcanzar su satisfacción.

En especial, se han advertido dificultades en orden al efectivo goce de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación, y a la igualdad ante la ley. En particular, sobre los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra y a la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas; a la salud; a la vida; a la identidad; a la participación y consulta en la gestión de sus recursos naturales y en los demás intereses que los afectan; a conservar sus costumbres e instituciones propias; entre otros (cfr. arts. 75, inc. 17, CN; 1, 2, 21, 24 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 y 27, Pacto Internacional de las Naciones Unidas de los Derechos Civiles y Políticos; 1, 2 y 12.2.d, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 2 y 8, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 22, 23, 25 y 27, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; 1, 2, 3, 4, 5, 7, 10, 14, 18, 19, 20.2, 21, 22, 23, 24,

25, 26, 27, 28, 29, 33.2, 37 y 38, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros).

Que, considerando la especial situación de vulnerabilidad en que se halla este grupo, particularmente en lo relacionado con la efectiva realización de sus derechos y los obstáculos que se les presentan para su pleno desarrollo, y teniendo en cuenta el principio *pro homine* y las funciones asignadas a este Organismo, la defensa pública deberá jugar un rol proactivo para colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el pleno acceso a la justicia de los pueblos indígenas, respetuoso de los derechos humanos, instando la colaboración de otras entidades y/u organismos nacionales o provinciales, o la actuación coordinada, en los casos en que correspondan, atendiendo los límites de competencia funcional de este Ministerio Público de la Defensa.

En ese entendimiento, toda decisión que se adopte en orden a la intervención de los agentes de este Ministerio, deberá orientarse en el sentido de favorecer el acceso a la justicia de los pueblos originarios de manera de que puedan impulsarse las acciones que resulten pertinentes para la satisfacción de sus derechos.

82

Que, en atención a las consideraciones mencionadas, en las medidas de protección que se lleven a cabo habrán de tenerse en cuenta las particularidades propias de estos pueblos, sus características económicas, sociales y culturales, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (cfme. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1972, OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2 13 marzo 1973 Original: español; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 51 y 63; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana desarrollada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008).

Que, por su parte, a fin de contribuir con la labor de los Defensores Públicos en la elaboración de estrategias encaminadas a la protección de los derechos de los pueblos originarios con aplicación de las normas contempladas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la construcción de mecanismos de detección temprana y de superación de vulneraciones de derechos que puedan identificarse con reiteración y en la coordinación con otros organismos vinculados en la materia para tales fines, resulta necesario que la Defensoría General de la Nación tome cono-

cimiento de los casos en que puedan verse comprometidos derechos de los pueblos indígenas, que lleguen a conocimiento de los Defensores Públicos del Organismo, así como de sus asistidos que integren este grupo, indicando aquellos que se encuentran privados de su libertad y, en su caso, los que por competencia corresponden al ámbito de cada provincia.

Por ello, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 51 de la Ley 24.946, en mi carácter de Defensora General de la Nación,

RESUELVO:

I. INSTAR a los Defensores Públicos, conforme sus respectivos ámbitos de actuación, a la adopción de medidas proactivas para el resguardo de los derechos de los integrantes de los pueblos originarios y su efectivo acceso a la justicia.

II. DISPONER que, a los efectos establecidos en los considerandos de la presente, los Defensores Públicos del Organismo hagan saber, al Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, los casos que lleguen a su conocimiento en que puedan verse comprometidos derechos de los pueblos originarios, e informen si tienen asistidos integrantes de pueblos indígenas, y en su caso, si se encuentran privados de la libertad, o la acción demande la protección del derecho que depende de una intervención en el ámbito de competencia de cada provincia.

Protocolícese, hágase saber y cumplido que sea, archívese.

Fdo.: Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación.

Javier Lancestremere, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

RESOLUCIÓN DGN N° 1305/2011

Buenos Aires, 13 de octubre de 2011

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), durante el cuadragésimo primer período de sus Sesiones Ordinarias en la ciudad de San Salvador -República de El Salvador-, aprobó por unanimidad la Resolución AG/RES. 2656 (XLIO/ 11) 11 *“Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”*.

Que el proyecto de dicho documento fue elaborado por esta Defensoría General de la Nación y aprobado por el Consejo Directivo de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF). Con posterioridad a ello, esta iniciativa fue patrocinada por la Cancillería de la República Argentina y contó con el apoyo de los Estados de Brasil, Guatemala y Costa Rica, entre otros.

Que la citada Resolución constituye el primer instrumento normativo aprobado por la OEA que aborda el tema de “acceso a justicia” como un derecho autónomo -el cual permite ejercer y proteger otros derechos- y, a su vez, impulsa el rol de la defensa pública oficial como herramienta eficaz para garantizar el acceso a justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, resultando un avance trascendental para el fortalecimiento de la Defensa Oficial de los Estados de la región.

Que, entre sus puntos más importantes; la Resolución AG/RES 2656 recomienda *“...a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional”*. Asimismo, alienta *“...a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, [a] que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos”*.

Que este documento reconoce la labor de la defensa pública en la región y, específicamente, destaca que *“... los servicios de asistencia letrada gratuita [...] permiten el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”*. En tal sentido, se señala que *“... las ‘Reglas de*

Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad' (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, República Federativa del Brasil, 2008), destinadas a garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, [...] promueven además la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas”.

Que el rol de la defensa pública como garantía de acceso a justicia debe orientar la labor de los Defensores Públicos Oficiales en un marco de 11 independencia y autonomía funcional”, con el objeto de garantizar a la persona asistida el ejercicio pleno del derecho de defensa en juicio y el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de armas (Cfr. artículos 18 y 120 de la Constitución Nacional). En tal sentido, la Resolución AG/RES. 2656 brinda directrices inequívocas respecto al compromiso de los Estados de la región en esta materia.

Por ello, en función del artículo 51 de la Ley 24946, en mi carácter de Defensora General de la Nación,

RESUELVO:

I) HACER SABER a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa el contenido de la Resolución AG/RES. 2656 (XLI 0/11) *“Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”*, cuya copia se adjunta a la presente.

II) RECOMENDAR a los Defensores Públicos Oficiales y Funcionarios de este Ministerio que invoquen, en el marco de los procesos en los que intervengan, las directrices establecidas por la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) a fin de garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa en juicio y el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de armas, en ejercicio del rol de la defensa pública con garantía de acceso a justicia.

Protocolícese, notifíquese a todas las defensorías y dependencias de este Ministerio Público de la Defensa y oportunamente archívese.

Fdo.: Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación.

Javier Lancestremere, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Artículo 75: “Corresponde al Congreso: (...)”

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto de 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 afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

19. (...) “Dictan leyes que protegen la identidad y la pluralidad cultural...”

Constituciones de provincias argentinas, normativa aplicable a intereses indígenas

87

Constituciones Provinciales

Buenos Aires (1994)

Chaco (1994)

Chubut (1994)

Formosa (1991)

Jujuy (1986)

La Pampa (1994)

Río Negro (1988)

Salta (1998)

Tucumán (2006)

Neuquén (2006)

Provincia de Buenos Aires. (Reforma Constitucional 1994)

ARTÍCULO 36 inc.9: “De los indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a

sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas, y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan”.

Provincia de Chaco. (Reforma Constitucional 1994)

ARTÍCULO 37: “La provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables,

imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará:

La educación bilingüe e intercultural.

La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable.

Su elevación socio-económica con planes adecuados.

88

La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas”.

Provincia de Chubut. (Reforma Constitucional 1994)

ARTÍCULO 34: “La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia:

La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos.

La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando sean utilizados con fines de lucro.

Su personería jurídica.

Conforme a la Ley su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentren dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan”.

ARTÍCULO 95: Tierras Fiscales “El Estado brega por la racional administración de las tierras fiscales tendiendo a promover la producción, la mejor ocupación del territorio provincial y la generación de genuinas fuentes de trabajo. Establece los mecanismos de distribución y adjudicación de las tierras fiscales en propiedad reconociendo a los indígenas la posesión y propiedad de las tierras que legítima y tradicionalmente ocupan”.

Provincia de Formosa. (Reforma Constitucional 1991)

ARTÍCULO 79: “La Provincia reconoce al aborígen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos por esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vid provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las

comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de éstos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes”.

89

Provincia de Jujuy. (Reforma Constitucional 1986)

ARTÍCULO 50: “La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social”.

Provincia de La Pampa. (Reforma Constitucional 1994)

ARTÍCULO 6 2° párrafo: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas”.

Provincia de Río Negro. (Reforma Constitucional 1988)

ARTÍCULO 42: “El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de las tierras que posee, los beneficios de la solidaridad social

y económica para el desarrollo individual de su comunidad, y respeta el derecho que les asiste a organizarse”.

Provincia de Salta. (Reforma Constitucional 1998)

Artículo 15: PUEBLOS INDÍGENAS.

La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta.

I. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial.

Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos.

Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.

Constitución de la Provincia de Tucumán (2006)

Constitución de Tucumán. (2006)

Capítulo Quinto

Derechos de las Comunidades Aborígenes

Art. 149.- La Provincia reconoce la preexistencia étnico-cultural, la identidad, la espiritualidad y las instituciones de los Pueblos Indígenas que habitan en el territorio provincial. Garantiza la educación bilingüe e intercultural y el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama. Reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Se dictarán leyes que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en este artículo.

Constitución de la Provincia del Neuquén (2006)

Pueblos indígenas

Art. 53. - La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor.

Constitución de la Provincia de Salta (1998)

Artículo 15:

PUEBLOS INDÍGENAS.

I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta.

Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial.

Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos.

Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.

DECRETO 294/2012

Prorrógase la vigencia del Decreto N° 278/11 por el que se estableció un régimen administrativo para la inscripción de niños recién nacidos y de hasta doce años de edad.

Bs. As., 2/3/2012

VISTO el Expediente N° S02:0000643/2012 del registro del MINISTERIO DEL INTERIOR, el Decreto N° 278 del 3 de marzo de 2011 y la Ley N° 26.413, y

CONSIDERANDO:

Que el Decreto N° 278/11 estableció por el término de UN (1) año a partir de su publicación y con carácter excepcional, prorrogable por UN (1) año más, un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños recién nacidos y de hasta DOCE (12) años de edad, en los casos en que a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 26.413, no hubiese sido inscripto su nacimiento o cuya inscripción estuviese aún en trámite.

Que, a su vez, el artículo 12 del citado Decreto dispuso por el término de UN (1) año a partir de su publicación y con carácter excepcional, prorrogable por UN (1) año más, la aplicación del régimen administrativo dispuesto por dicha norma, para la inscripción de los ciudadanos mayores de DOCE (12) años de edad que residieran en el ámbito del territorio de la Nación y que acreditaran su pertenencia a pueblos indígenas.

Que la implementación del régimen de excepción aludido se enmarca en la clara política del Estado de protección efectiva del derecho a la identidad de todos los ciudadanos.

Que la inscripción de los nacimientos es requisito indispensable para acceder a un Documento Nacional de Identidad a fin de ejercer el goce pleno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional.

Que, en ese sentido, el derecho a la identidad se encuentra protegido expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, como asimismo en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley N° 26.061.

Que, por otra parte, la información estadística sobre los resultados de la

aplicación del Decreto N° 278/11, da cuenta de lo positivo y beneficioso que ha resultado la implementación de este régimen administrativo de inscripción de nacimientos para la ciudadanía.

Que, en esta instancia, resulta de imperiosa necesidad continuar la política de Estado destinada a asegurar a todos los sectores de la sociedad, el ejercicio del derecho a la identidad y la identificación de las personas.

Que siguen plenamente vigentes los antecedentes y fundamentos de hecho y de derecho que motivaron el dictado del Decreto N° 278/11.

Que en virtud de la cantidad de inscripciones de nacimientos realizados al amparo de este régimen de excepción, y en armonía con la política de Estado de incentivar el derecho a la identidad, es que resulta necesario prorrogar por UN (1) año más la vigencia del Decreto N° 278/11, por igual lapso y en las mismas condiciones preestablecidas.

Que ha emitido opinión la DIRECCION GENERAL TECNICA JURIDICA de la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS, organismo descentralizado actuante en la órbita del MINISTERIO DEL INTERIOR.

Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS del MINISTERIO DEL INTERIOR ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades que otorga el artículo 99, inciso 1, de la CONSTITUCION NACIONAL.

Por ello,

LA PRESIDENTA DE LA NACION ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1° — Prorrógase la vigencia del Decreto N° 278 del 3 de marzo de 2011, por el plazo de UN (1) año, contado a partir del 10 de marzo de 2012.

Art. 2° — El gasto que demanden las funciones de carácter identificatorio, la provisión de Documentos Nacionales de Identidad, su expedición y posterior entrega a sus titulares, por aplicación de la presente medida, se imputará a las partidas específicas de la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS, organismo descentralizado actuante en la órbita del MINISTERIO DEL INTERIOR, a cuyo fin se efectuarán las adecuaciones presupuestarias pertinentes a través de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS.

Art. 3° — Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. — FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Juan M. Abal Medina. — Aníbal F. Randazzo.

Página 12

LAS 12

Viernes, 9 de septiembre de 2011

VIOLENCIAS

Salir a chinear

Dos niñas wichí fueron violadas por más de un hombre el último fin de semana en dos pueblos cercanos del oeste de Formosa donde el “chineo” es una práctica habitual y en algunos parajes hasta sistemática, realizada –según denuncian desde la comunidad– “por varones criollos, pudientes o pobres”, que salen a “ramear” de los pelos a una “chinita” y violarla entre varios. La impunidad y el miedo protegen a los agresores antes que a las víctimas, que muy pocas veces pueden completar las denuncias y en menos casos aún estas denuncias llegan a convertirse en casos judiciales.

Por Roxana Sandá



Las noches de Ingeniero Juárez y El Potrillo, pueblos de Formosa donde llegan con mayor rapidez las patas de las gallinas que el agua potable, son oscuras a conciencia. De la institución local, “para ahorrar energía”. De los habitantes más empobrecidos “porque no hay tendido eléctrico o porque donde hay lo cortan si no pagamos lo que nos exigen”. Este fin de semana, la oscuridad cómplice facilitó la violación de dos niñas wichí, de 11 y 14 años, que habitan esos pueblos. “Fueron los criollos”, denuncian los voceros de la comunidad aborigen de El Potrillo, “quienes obligaron a tomar gasoil” a la primera, para “marearla y violarla entre siete”. A la otra la sometieron

durante las celebraciones del Día de la Mujer Indígena, “entre diez o catorce; no recuerda”, en la escuela donde estudia, frente a la comisaría del lugar, para dar a entender sin medias tintas el espesor de la impunidad.

Los ataques sexuales ocurrieron en momentos que la Comunidad Wichí Barrio Obrero, de Ingeniero Juárez, había tomado el Centro de Integración Comunitario (CIC) del lugar, que reclaman como propio, y exigido el retiro de los representantes actuales con mandato vencido, para poder nombrar “autoridades legítimas”.

Uno de los referentes de la toma, Agustín Santillán, detalló a este suplemento que desde el 31 de agosto, cuando iniciaron la toma pacífica del CIC, se intensificaron las amenazas que sufren desde hace años. “Nos persiguen, nos conminan a que no accedamos ni a la electricidad ni al agua, por lo que nuestra comunidad tiene que beber de un dique contaminado, donde los vecinos tiran sus residuos.” Santillán dijo que “ahora estamos más tranquilos porque la policía no intentó volver a sacarnos del lugar, como los primeros días. Deben comprender que no pueden usurpar nuestra asociación civil”. Unas 3000 personas componen ese territorio de 6000 hectáreas donde, aseguran, “los criollos reciben beneficios productivos con anuencia de las autoridades locales, mientras que la comunidad se desintegra por la tuberculosis, la desnutrición, las pagas miserables de sus artesanías y la violencia sistemática contra niñas, niños y mujeres”.

96

Las sombras del anochecer que el domingo último unían el camino entre la despensa y la casa de El Potrillo donde vive la nena de once años junto a su abuelo y sus tres hermanas mayores no dejaron resquicio para el auxilio. “La mandaron a comprar pan”, explicó la traductora de la comunidad, Ana Mariño, cuando actuó como intérprete de la niña, que sólo habla en su lengua originaria. Unos siete adultos la toparon, no lograron convencerla de seguirlos, la arrastraron hacia una oscuridad mayor a la del entorno, la obligaron a tomar gasoil, la marearon, la intoxicaron y la golpearon. “Ella no recuerda muy bien lo que sucedió después, pero el examen médico reveló que la habían violado repetidas veces.”

La encontraron gracias al aviso de unos vecinos, en un punto indefinido del mismo campo que rodea las viviendas, desmayada, con lastimaduras en el cuerpo, la ropa arrancada, las manos aferradas al aire. La trasladaron de urgencia al Hospital Eva Perón, de Ingeniero Juárez, a unos 130 kilómetros de distancia, pero la gravedad de su estado obligó a la derivación al Hospital La Madre y El Niño, de la capital formoseña, donde también le realizaron el examen forense.

Su abuelo y sus hermanas radicarón la denuncia en la comisaría y ante el

juez, aunque la investigación del caso no avanza. “Así es como vivimos: no tenemos a quién recurrir cuando pasan estas cosas”, lamentó Mariño. “Estas injusticias las padecemos desde hace tiempo, pero cuando exigimos que se investigue no pasa nada. Son innumerables los casos de agresión sexual contra las jóvenes wichí y contra las propias criollas.” Llámese El Potrillo o Ingeniero Juárez, la violación de mujeres es moneda corriente, “pero por la distancia, la pobreza, el desconocimiento o el miedo, los violadores no son denunciados”. En diciembre, otra niña wichí quedó embarazada producto de una violación, pero sus padres decidieron silenciarse “porque no tienen medios económicos para afrontar el hecho y por miedo a que los maten si hablan”.

El viernes pasado, la Escuela 438 de la Comunidad Barrio Obrero, de Ingeniero Juárez cerró sus puertas a eso de las 20. En el edificio con capacidad para enseñanza primaria y secundaria amplia, con alumnos de hasta 24 años, conviven criollos y originarios. La salida siempre es numerosa, las voces acompañan varias cuadras a los que viven lejos. Nadie se explica cómo pudieron retener y violar a una adolescente de 14 años en el mismo predio, con el edificio de la comisaría enfocando desde enfrente. Dos obviedades: la chica está shockeada. No quiere volver a la escuela.

Agustín Santillán pudo averiguar “que la agarraron entre diez o catorce criollos”, que cree que los varones son alumnos de ese colegio, que al cabo del ataque ella huyó desesperada a la guardia del Hospital Eva Perón, donde le extendieron un certificado a desgano, bajo un diagnóstico inaceptable de “lesiones leves”, que ni la chica ni su familia van a reclamar “porque los que la atacaron le avisaron que si dice algo, la matan”. El médico “que la atendió y constató lo que le había sucedido puso cualquier cosa, pero esto siempre pasa porque nos discriminan, sin vueltas”.

La antropóloga social Ana González describe “el chineo”, una práctica habitual y en algunos parajes hasta sistemática, que es realizada “por varones criollos, no indígenas, pudientes o pobres, que salen a ‘ramear’ de los pelos a una ‘chinita’ y violarla entre varios (...)”. Se manifiesta como una pauta del Oeste provincial tan arraigada, que es vista como pasatiempo juvenil antes que como práctica denigrante hacia las víctimas.

Dice González en una columna publicada en este diario, que “la impunidad con que se mueven los agresores está, las más de las veces, apañada por diversos agentes estatales locales y por la sociedad no indígena misma. Cuando las víctimas intentan denunciar, se las hace callar con un chivo o una vaca. Si no acepta, ella y su familia sufrirán amenazas y agresiones violentas. El silencio no es ‘costumbre’, es simplemente una brutal disparidad de poder, de imposibilidad de poder hacerse oír por las instituciones que

tienen la obligación de proteger derechos humanos, pero muchas veces reproducen el racismo y la discriminación estructural. El silencio es desamparo y desprotección, es dolor y humillación contenidos, no sólo de las mujeres indígenas, sino de toda su etnia, de toda la comunidad”.

No es ocioso agregar que aún no hallan a los autores de las violaciones de Ingeniero Juárez y El Potrillo. Tampoco concluir que en ese tablero, niñas, jóvenes y adultas de los pueblos originarios han sido históricamente oprimidas e invisibilizadas por su triple condición de mujeres, pobres y aborígenes.

© 2000-2011 www.pagina12.com.ar|República Argentina|Todos los Derechos Reservados

Naciones Unidas

CCPR/C/102/D/1610/2007



**Pacto Internacional de Derechos
Civiles y Políticos**

Distr. General*
16 de agosto de 2011

Original: español

Comité de Derechos Humanos

102º período de sesiones

11 a 29 de julio de 2011

Dictamen

Comunicación N° 1610/2007

Presentada por: L.N.P. (representada por el Instituto de Género y Desarrollo –INSGENAR- y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los derechos de la Mujer –CLADEM**)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: República Argentina

Fecha de la comunicación: 25 de mayo de 2007 (presentación inicial)

Referencias: Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 97 del reglamento, transmitida al Estado parte el 8 de octubre de 2007 (no se publicó como documento)

Fecha de aprobación del dictamen: 18 de julio de 2011

Asunto: Discriminación contra niña indígena víctima de violación

Cuestiones de fondo: Igualdad entre hombres y mujeres/trato cruel, inhumano o degradante/igualdad ante los tribunales y derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior/injerencia en vida privada y familiar/protección de menores/igualdad ante la ley y prohibición de discriminación/derecho a un recurso efectivo.

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

** <http://www.cladem.org/>

Cuestiones de procedimiento: Agotamiento de recursos internos

Artículos del Pacto: Artículo 2, párrafo 3, artículo 3, artículo 7, artículo 14, párrafos 1 y 5, artículo 17, artículo 24, y artículo 26

Artículos del Protocolo Facultativo: Artículo 2 y artículo 5, párrafo 2 b)

El 18 de julio de 2011 el Comité de Derechos Humanos aprobó el texto adjunto como dictamen del Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1610/2007.

Anexo

Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (102° período de sesiones)

respecto de la

Comunicación N° 1610/2007¹

Presentada por: L.N.P. (representada por el Instituto de Género y Desarrollo –INSGENAR- y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los derechos de la Mujer –CLADEM²)

Presunta víctima: La autora

Estado parte: República Argentina

Fecha de la comunicación: 25 de mayo de 2007 (presentación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 18 de julio de 2011,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1610/2007, presentada al Comité de Derechos Humanos por la Sra. L.N.P. en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

1 Participaron en el examen de la presente comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Lazhari Bouzid, Sra. Christine Chanet, Sr. Ahmad Amin Fathalla, Sr. Cornelius Flinterman, Sr. Yuji Iwasawa, Sra. Helen Keller, Sr. Rajsoomer Lallah, Sra. Zonke Zanele Majodina, Sra. Iulia Antoanella Motoc, Sr. Gerald L. Neuman, Sr. Michael O'Flaherty, Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, Sr. Krister Thelin y Sra. Margo Waterval. De conformidad con el artículo 90 del reglamento del Comité, el Sr. Fabián Omar Salvioli, miembro del Comité, no participó en la adopción de la presente decisión.

2 Ambas organizaciones adjuntan un poder de representación firmado por la autora y sus representantes legales, para presentar la comunicación ante el Comité.

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le ha presentado por escrito la autora de la comunicación y el Estado parte,

Aprueba el siguiente:

Dictamen a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo

1. La autora de la comunicación es la Sra. L.N.P., ciudadana argentina nacida en 1988. Alega ser víctima de violaciones por la República Argentina de los derechos reconocidos en el artículo 2, artículo 3, artículo 7, artículo 14, párrafos 1 y 5, artículo 17, artículo 24, y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 8 de noviembre de 1986.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La autora es de etnia Qom³ y residente en la localidad denominada “El Espinillo”, situada en el norte de la provincia del Chaco argentino. El 3 de octubre de 2003, cuando la autora había recién cumplido 15 años, fue agredida sexualmente por tres jóvenes “criollos”⁴ de entre 17 y 20 años. La autora afirma haber sido llamada por los tres jóvenes referidos, conocidos de ella, esa noche en la plaza del pueblo y haber sido llevada a la parte posterior de la iglesia sita en la plaza, donde fue obligada por el mayor de ellos, con la asistencia de los otros dos, a practicarle sexo oral y fue posteriormente sujeta a penetración anal. Según la autora, el agresor le tapó la boca cuando ella intentó gritar y la sujetó por los brazos contra la pared, mientras los otros dos cubrían la escena con sus chaquetas.

2.2 Inmediatamente después de la agresión, la autora acudió sola, con la ropa con restos de sangre, al puesto de policía de la misma localidad, donde esperó durante aproximadamente tres horas hasta ser enviada al puesto sanitario local. Una vez allí, la autora afirma haber tenido que esperar de nuevo durante varias horas de pie antes de ser atendida. Sobre las 4 horas

3 La autora informa que el pueblo originario Toba (actualmente autodenominado Qom) vive desde finales del siglo XIX en la marginación económica, social y cultural. Tras la denominada “campana del desierto”, los miembros Qom que sobrevivieron a las supuestas matanzas sistemáticas que conllevaron dicha campana perdieron el acceso a las tierras, que fueron entregadas a agricultores criollos. La autora sostiene que dicha política de Estado reforzó en los colonos una mentalidad racista hacia los pueblos indígenas. Según la autora, las tensiones raciales fueron intensificadas desde el año 2000, cuando se adjudicaron a las comunidades Qom títulos de propiedad sobre 140.000 hectáreas y a relocalizar las familias no-aborígenes que las ocupaban.

4 Se entiende por criollos a los ciudadanos no-indígenas.

de la madrugada fue sometida a un examen médico por el director de dicho puesto sanitario, quien realizó palpaciones en la región anal y vaginal que le ocasionaron un dolor intenso. El informe médico concluyó la existencia de lesiones anales propias del acceso violento acaecido de 30 a 40 minutos antes del examen. La autora hace notar la discrepancia existente entre la hora en que fue atendida en el puesto médico -aproximadamente las 04:00 horas- y la hora reflejada en el informe médico -las 00:30 horas-. La autora argumenta que se pretende demostrar que fue atendida inmediatamente cuando en realidad estuvo esperando durante largas horas tanto en la comisaría como en el puesto médico.

2.3 Alertada por la ausencia de la autora, su familia y varios miembros de la comunidad Qom emprendieron su búsqueda. Tras conocer lo sucedido, éstos se reunieron ante la comisaría de policía de la localidad, donde la madre de la autora presentó una denuncia, redactada en español y sin traducción a pesar de las dificultades de comunicación de ésta en dicho idioma. Se ordenó asimismo la apertura de una investigación judicial, la detención de los tres agresores y la práctica de un peritaje forense sobre la autora, que se realizó el 7 de octubre. El informe del médico forense de 7 de octubre corroboró la conclusión del informe médico practicado el 4 de octubre. Asimismo, el 5 de noviembre de 2003 se envió una asistente social a la localidad de la autora “para determinar el medio de vida, costumbre y todo otro dato de interés” para las investigaciones. La autora sostiene que la asistente investigó únicamente a la víctima, a su familia y su comunidad, indagando acerca de su moralidad, y no así a los tres denunciados.

2.4 Varios meses de investigaciones policiales resultaron en la apertura de un proceso judicial por el delito de abuso sexual con acceso carnal contra los tres responsables. La autora sostiene que ni ella ni su familia fueron informadas de su derecho a constituirse en parte querellante en dicho proceso, de conformidad con los artículos 89 y 94 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chaco. Todo el juicio se sustanció en español, sin intérpretes, lo que dificultó las declaraciones tanto de la víctima como de otros testigos cuyo idioma principal es el Qom. Asimismo, no fueron admitidas las declaraciones testimoniales de tres miembros de la comunidad Qom por considerar que sus declaraciones eran “descabelladas” y basadas en “la discriminación propia de esa zona entre criollos y tobas”. Mediante sentencia de 31 de agosto de 2004, la Cámara Segunda en lo Criminal de la ciudad de Presidencia Roque Sáenz Peña absolvió a los tres acusados. La Cámara concluyó que, si bien el acceso anal quedó probado e incluso reconocido por el principal acusado, no quedó probado que dicho acceso no hubiera sido consentido por la autora. El fallo judicial determinó que “mal podía hablar-

se de inexperiencia sexual [de la autora si ésta] presentaba desfloración de larga data” según lo establecido en los dos informes médicos practicados. Asimismo, la Cámara concluyó que tampoco podía sostenerse que hubiera aprovechamiento en razón de la mayoría de edad del imputado principal.

2.5 La autora sostiene que, al no ser parte querellante en el juicio, la sentencia no les fue notificada ni a ella ni a sus representantes legales y que, por la misma razón, tampoco pudo apelar dicha sentencia. El Ministerio Público era el único competente para recurrir la sentencia dentro del plazo de diez días desde la notificación de la misma. Al no hacerlo, la sentencia quedó firme el 16 de septiembre de 2004. La autora sostiene asimismo que tampoco pudo interponer un recurso de casación o de inconstitucionalidad por la misma razón de ser recursos reservados a las partes y estar sujetos al plazo de interposición de diez días desde la notificación de la sentencia, de conformidad con los artículos 446 y 477 del Código Procesal Penal del Chaco. Por último, la autora señala que el recurso de amparo tampoco sería viable ya que, según la Ley Nacional de Amparo No. 16.986, dicho recurso no puede interponerse contra actos emanados del poder judicial. Adicionalmente, dicha Ley establece un plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso. La autora afirma que, en vistas de todo lo anterior, los recursos internos han sido agotados.

2.6 La autora hace notar que, al no serle notificada la sentencia a su familia, y al vivir en un poblado aislado sin cobertura de teléfono o internet y sin transporte público, distante de 250 Km de Presidencia Roque Sáenz Peña, donde se dictó la sentencia, y accesible por un camino de barro que permanece inhabilitado en época de lluvias, no pudo conocer el resultado de la misma hasta transcurridos casi dos años. Viendo que los agresores seguían en libertad, un grupo de jóvenes de la asociación indígena Meguexogochi⁵ se desplazaron 80 km en bicicleta hasta la localidad de Castelli para conseguir un teléfono y comunicarse con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. El 4 de julio de 2006, dicha Secretaría envió un pedido de informes a la Cámara Segunda de lo Criminal de Presidencia Roque Sáenz Peña. La Cámara respondió a dicho pedido comunicando el resultado absolutorio de la sentencia. La autora justifica así la demora de casi tres años en plantear el caso ante el Comité.

2.7 La autora señala que el suyo no es un caso aislado, sino que las agresiones sexuales a niñas y mujeres Qom es frecuente en la zona, existiendo

5 La asociación indígena Meguexogochi agrupa a ocho comunidades Toba Qom.

un patrón de impunidad frente a dichos caso propiciado por la prevalencia de una mentalidad racista. La autora añade que, por el contrario, cuando una mujer criolla asegura haber sido violada por un indígena Qom, este es detenido y condenado inmediatamente.

La denuncia

3.1 La autora afirma ser víctima de una violación del artículo 2, artículo 3, artículo 7, artículo 14, párrafos 1 y 5, artículo 17, artículo 24, y artículo 26 del Pacto.

3.2 La autora sostiene haber sido víctima de discriminación por su condición de niña y por su etnicidad tanto en sede policial como durante la práctica del examen médico a que fue sometida y durante todo el juicio. Sostiene que tuvo que esperar durante varias horas de pie y llorando antes de nadie le atendiera en la comisaría de policía. Una vez en el puesto médico, donde también esperó durante horas, le realizaron palpaciones en las zonas lastimadas sin consideración al profundo dolor que esto le ocasionaba y con el único fin de comprobar la efectiva existencia de dolor. Asimismo, se le practicó un examen vaginal para comprobar su virginidad, a pesar de que la agresión recibida requería únicamente de una prueba anal. El tribunal que conoció del caso introdujo el factor de la virginidad de la víctima como elemento decisivo del proceso. La autora sostiene que, a diferencia de ella, los imputados se expresaron libremente relatando los hechos crudamente, sin negar el acceso carnal, pero que por afirmar que ella era prostituta –hecho que nunca fue probado y que fue desvirtuado por el informe socioambiental aportado– el tribunal se puso inmediatamente a su favor. Sostiene que a todos los testigos se les preguntó si la autora tenía novio y si ejercía la prostitución. La autora afirma asimismo que el tribunal no tomó en cuenta el hecho de que ella tuvo que expresarse en un idioma que no le era propio y en un estado de profunda conmoción a la hora de determinar la existencia de imprecisiones y discrepancias en su declaración y descalificarla, minimizando sin embargo las imprecisiones y contradicciones de las declaraciones de los acusados. La autora concluye que el juicio estuvo marcado por prejuicios de género que motivaron la impunidad.

3.3 La autora sostiene que a lo largo de todo el proceso fue tratada sin consideración a su condición de niña y sin ninguna atención a su honor y su dignidad.

3.4 La autora afirma que la falta de asesoramiento jurídico y la falta de información sobre su derecho a constituirse en parte querellante obstaculizó su adecuada intervención en el juicio y le negó su derecho a un juicio justo y al debido proceso.

3.5 La autora alega que los actos de violencia física y psicológica perpetrados por los agentes estatales, tanto en sede judicial como en la comisaría de policía y el puesto médico donde fue atendida, le causaron daño físico y moral.

3.6 La autora sostiene que la asistente social enviada a investigar a su casa interrogó a los vecinos acerca de su vida familiar y su moral, violando su intimidad, su honor y el buen nombre de la víctima, especialmente tratándose de una población pequeña, provocando su revictimización.

Solicitud del Estado parte de una solución amistosa

4.1 El 30 de abril de 2008, el Estado parte informó al Comité que el Gobierno de la Provincia del Chaco había solicitado a la Cancillería la apertura de un espacio de diálogo tendiente a explorar la posibilidad de una solución amistosa del caso entre las partes a nivel nacional. El Estado solicitó al Comité el traslado de dicha propuesta a la autora. Sin perjuicio de esto, el Estado se reservó el derecho de presentar comentarios sobre la admisibilidad y el fondo del caso.

4.2 El 9 de mayo de 2008, el Estado parte reenvió la comunicación de 30 de abril con inclusión en anexo de una serie de comunicaciones de distintas autoridades ejecutivas y judiciales de la provincia del Chaco en las que se admitía la plena responsabilidad del Estado Provincial en el caso y se solicitaba al gobierno nacional que se allanara y comenzara a reparar el daño sufrido por la autora.

105

Observaciones de la autora

5 El 10 de junio de 2008, la autora lamentó la falta de admisión de la responsabilidad del gobierno nacional por las violaciones por ella sufridas, toda vez que las autoridades provinciales del Chaco sí admitieron su responsabilidad. La autora manifestó su predisposición a dialogar pero únicamente una vez que el Estado nacional hubiera admitido su plena responsabilidad y estuviera dispuesto a discutir las medidas para la reparación integral a la autora y a su familia y comunidad, así como las medidas y programas necesarios en el ámbito nacional para evitar futuros casos análogos.

Consideración provisional del Comité en relación con la propuesta de solución amistosa

6. Durante el 93º periodo de sesiones, en julio de 2008, se examinó la propuesta del Estado parte sobre el acuerdo amistoso. Sin embargo, a la luz de las observaciones de la autora de 10 de junio de 2008, se decidió continuar el procedimiento ordinario en el examen de la comunicación y solicitar al Estado parte que presentara sus observaciones sobre el fondo a la mayor brevedad.

Comunicaciones adicionales de las partes

7. El 8 de septiembre de 2008, el Estado parte informó al Comité sobre la celebración el 29 de agosto de 2008 de una reunión entre la autora, miembros de su familia y representantes, y representantes del Gobierno nacional y provincial, para inicial un diálogo tendiente a llegar a una solución amistosa en el caso.

8. El 12 de noviembre de 2008, la autora señaló que, en la reunión mantenida con las autoridades nacionales y provinciales, el gobierno de la provincia del Chaco aceptó íntegramente las demandas de la autora y añadió el ofrecimiento de una vivienda para ella y su familia en una localidad vecina. La autora señaló asimismo que, mediante carta enviada por el Gobernador del Chaco al Ministro de justicia, aquél solicitaba que el gobierno nacional compartiera la responsabilidad de afrontar gastos de las reparaciones. La autora añadió que el borrador de acuerdo de solución amistosa preparado por el gobierno nacional fue parcialmente insatisfactorio por la ambigüedad de la agenda reparatoria y la vaguedad de los términos empleados. La autora reafirmó su reclamo de contar con un reconocimiento claro y expreso de la responsabilidad del Estado nacional.

9. El 24 de noviembre de 2008, el Estado parte informó al Comité que, mediante su comunicación de 9 de mayo de 2008, el gobierno de la provincia del Chaco, responsable primario por las violaciones de derechos humanos en el presente caso, ya manifestó claramente su posición, allanándose incondicionalmente y proponiendo la apertura de un espacio de diálogo tendiente a la solución amistosa. El Estado parte reconoció su responsabilidad internacional en el presente caso, comprometiéndose a realizar los mejores esfuerzos, en coordinación, con la provincia del Chaco, para reparar íntegramente a la autora.

10.1 El 1 de febrero de 2010, la autora señaló que, tras varias reuniones mantenidas con representantes de los gobiernos nacional y provincial, el gobierno provincial aceptó y cumplimentó la mayoría de medidas reparatorias solicitadas por la autora, a saber, el pedido de perdón público, el pago de una indemnización, la entrega de títulos de terreno y vivienda, el otorgamiento de una beca de estudios de 150 dólares americanos y la organización de un seminario sobre discriminación de género y violencia contra la mujer, con asistencia obligatoria de todos los funcionarios judiciales provinciales. La autora consideró la actitud del gobierno de la provincia del Chaco positiva. En relación al gobierno nacional, la autora manifestó que se cumplió una de las medidas solicitadas: la sanción de una Ley Nacional integral sobre Violencia contra las Mujeres. Sin embargo, otros aspectos del acuerdo

de solución amistosa propuestos por el gobierno quedaron redactados, al parecer de la autora, de forma imprecisa, incluido el reconocimiento expreso de la responsabilidad del Estado nacional y la falta de fijación del monto de la indemnización pecuniaria. Sobre esta base, la autora concluyó que los intentos de llegar a una solución amistosa no han prosperado debido a la vaguedad de los compromisos del Estado y rechazó el acuerdo amistoso, solicitando la continuidad del caso ante el Comité.

10.2 El 25 de marzo de 2010, la autora amplió sus comentarios relativos al acuerdo de solución amistosa propuesto por el Estado parte, señalando como principales medidas pendientes la asignación de una beca para continuar sus estudios (siendo la cantidad asignada insuficiente), la asignación de una pensión vitalicia y el ofrecimiento de atención psicológica gratuita. La autora reconoció que el inicio del proceso de reparación por parte del Estado había tenido un efecto positivo en su vida pero insistió en la necesidad de contar con el cumplimiento total de las medidas acordadas en el acta firmada con el gobierno para lograr una reparación íntegra. La autora señaló la importancia de un dictamen del Comité en este caso, siendo éste el primero en llegar a juicio. La autora hizo notar asimismo la importancia de los casos paradigmáticos en Argentina, más allá de la reparación de la víctima, para promover importantes cambios legislativos, judiciales y sociales, y como garantía de no repetición. Solicitó al Comité un pronunciamiento para que el Estado diera cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones asumidas en el acta firmada con la autora.

107

11.1 El 13 de mayo de 2010, el Estado parte informó al Comité de las medidas reparatorias adoptadas en el marco del proceso de solución amistosa acordado con la autora, incluido un proyecto de ley para el otorgamiento de una pensión vitalicia, así como las medidas ya referidas por la autora en su comunicación de 1 de febrero de 2010.

11.2 El 5 de agosto de 2010, el Estado parte aportó copia de la Ley No 6.551, promulgada por Decreto Provincial No 1202 de 24 de junio de 2010, relativa al otorgamiento de la pensión vitalicia a la autora, así como constancia del inicio de la liquidación mensual de la misma.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

12.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si dicha reclamación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

12.2 Conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

12.3 El Comité toma nota del argumento de la autora relativo a la imposibilidad de agotar los recursos internos disponibles, reservados a las partes y sujetos a cortos plazos de interposición, debido a que no fue informada de su derecho a constituirse en parte querellante y que la sentencia absolutoria no le fue notificada. Toma nota asimismo de las alegaciones de la autora sobre la inviabilidad del recurso de amparo, que estaría excluido respecto de los actos judiciales según la legislación nacional vigente. En ausencia de argumentos del Estado parte en contra, el Comité considera que la autora no dispuso de ningún recurso efectivo para plantear su queja relacionada con el artículo 14 a nivel nacional. El Comité observa asimismo que el Estado parte no ha invocado la cuestión del agotamiento de recursos internos en relación con el resto de quejas de la autora. En consecuencia, el Comité considera agotados todos los recursos de la jurisdicción interna a efectos de lo estipulado en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

12.4 En cuanto a las alegaciones de la autora relativas a la violación del derecho a la doble instancia penal, reconocido en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, el Comité hace notar que dicho párrafo prevé una garantía procesal de que dispone toda persona acusada de un delito de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior. En el presente caso, la sentencia fue absolutoria, por lo que dicha disposición no resultaría aplicable. En consecuencia, el Comité considera que la denuncia de la autora relacionada con el párrafo 5 del artículo 14 es incompatible con el Pacto y la declara inadmisibile en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

12.5 En cuanto a las denuncias de la autora relacionadas con los artículos 2; 3; 7; 14, párrafo 1; 17; 24, y 26, el Comité considera que las mismas han sido suficientemente fundamentadas a efectos de la admisibilidad y declara la comunicación admisible respecto a estas denuncias.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

13.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

13.2 El Comité toma nota del reconocimiento del Estado parte, incluidas las autoridades provinciales, de su responsabilidad por violaciones de

sus obligaciones internacionales. Los siguientes párrafos reflejan la posición del Comité respecto de provisiones específicas del Pacto que sirven de base para determinar la responsabilidad del Estado parte en el presente caso.

13.3 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido que fue víctima de discriminaciones basadas en su condición de niña e indígena, tanto durante el juicio como en sede policial y durante el examen médico a que fue sometida. La autora alega que el personal de la comisaría de policía del Espinillo mantuvo a la autora en espera durante varias horas, llorando y con restos de sangre en el vestido, y que no se le tomó denuncia alguna, limitándose finalmente a remitirla al puesto médico local. La autora alega asimismo que, una vez en el puesto médico, fue sometida a pruebas vejatorias, innecesarias para determinar la naturaleza de la agresión recibida, y tendientes a determinar su virginidad. A su vez, el tribunal que conoció del caso se basó en criterios discriminatorios y vejatorios, cuales son “la presencia de una desfloración de larga data” de la autora para concluir que no quedó demostrada la falta de consentimiento de ésta al acto sexual. La autora sostiene asimismo que se interrogó a todos los testigos sobre si ella era prostituta. El Comité considera que todas las afirmaciones anteriores, que no han sido discutidas por el Estado parte, denotan un tratamiento discriminatorio por las autoridades policiales, sanitarias y judiciales, tendientes a cuestionar la moral de la víctima. El Comité observa, en particular, que la sentencia de la Cámara en lo Penal de Presidente Roque Sáenz Peña centra su análisis del caso en la vida sexual de la autora y en determinar si era o no “prostituta”. Asimismo, toma la falta de virginidad de la autora como elemento principal para determinar su consentimiento al acto sexual. Con base a los hechos no refutados que tiene ante sí, el Comité concluye que los hechos ante sí ponen de manifiesto la existencia de discriminación basada en la condición de niña y la etnicidad de la autora, en violación del artículo 26 del Pacto.

109

13.4 El Comité considera asimismo que el trato recibido por la autora por parte del personal judicial, policial y médico descrito denota un incumplimiento del Estado de su obligación de adoptar las medidas de protección requeridas por la condición de menor de la autora reconocida en el artículo 24 del Pacto.

13.5 El Comité toma nota de la afirmación de la autora en el sentido que, al no haber sido informada sobre su derecho a constituirse en parte querellante según la legislación provincial vigente, no pudo participar como parte en el proceso y que, en consecuencia, tampoco le fue notificada la sentencia absolutoria. La autora alega asimismo varias irregularidades acaecidas durante el proceso judicial que se siguió contra los tres

imputados. En particular, según afirma la autora, el proceso tuvo lugar íntegramente en español y sin interpretación a pesar de que tanto ella como otros testigos tenían problemas de comunicación en dicho idioma. En vista de que el Estado parte no ha refutado dichas alegaciones, el Comité considera que se ha violado el derecho de la autora a acceder a los tribunales en condiciones de igualdad reconocido en el párrafo 1 del artículo 14.

13.6 En cuanto a las afirmaciones de la autora relativas al sufrimiento físico y psicológico experimentado, el Comité considera que el trato recibido por ésta en la comisaría de policía y en el puesto médico justo después de haber sufrido la agresión, así como durante el proceso judicial, en la que se realizaron múltiples declaraciones discriminatorias en su contra, contribuyeron a su revictimización, agravada en razón de su minoría de edad. El Comité recuerda que, según lo señalado en su Observación general No 20 y en su jurisprudencia, el derecho protegido por el artículo 7 no sólo comprende el dolor físico sino también el sufrimiento moral.⁶ El Comité concluye que la autora fue víctima de un trato en violación del artículo 7 del Pacto.

13.7 En cuanto a la queja de la autora relacionada con el artículo 17 del Pacto, el Comité considera que las constantes indagaciones por la asistencia social, por el personal médico y por el tribunal sobre la vida sexual y la moral de la autora constituyeron una injerencia arbitraria en su vida privada y un ataque ilegal a su honra y reputación, especialmente por ser irrelevantes para la investigación del caso de violación y por tratarse de una menor de edad. El Comité recuerda su Observación General No 28, señalando que se entiende como injerencia en el sentido del artículo 17 la toma en consideración de la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que le ofrece la ley, incluida la protección contra la violación.⁷ En vistas de todo lo anterior, el Comité considera que el artículo 17 del Pacto ha sido violado.

13.8 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido que no dispuso de ningún recurso para plantear sus quejas presentadas ante el Comité porque, según la legislación nacional vigente, los actos judiciales no son susceptibles de ser recurridos en amparo. En ausencia de argumentación del

6 Observación General N° 20: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), 10 de marzo de 1992, párrafo 5. Ver asimismo los dictámenes del Comité en los casos K.N.L.H. c. Perú (Comunicación N° 1153/2003), párrafo 6.3; y L.M.R c. Argentina (Comunicación N° 1608/2007), párrafo 9.2.

7 Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombre y mujeres (artículo 3), de 29 de marzo de 2000, párrafo 20.

Estado parte en contra de dicha afirmación, el Comité considera que no se garantizó a la autora, en tanto que víctima, un recurso efectivo. En consecuencia, el Comité concluye la existencia de una violación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, en relación con los artículos 3; 7; 14, párrafo 1; 17; 24; y 26.

13.9 El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que el Estado parte ha violado los artículos 3; 7; 14, párrafo 1; 17; 24 y 26; y el párrafo 3 del artículo 2, en relación con todos los anteriores, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14. El Comité toma nota de las medidas reparatorias acordadas entre la autora y el Estado parte mediante el procedimiento de acuerdo amistoso entablado. Reconociendo los avances del Estado parte en el cumplimiento de varias de estas medidas, el Comité solicita el cumplimiento integral de los compromisos acordados. El Comité recuerda asimismo que el Estado parte tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, en particular, asegurando el acceso de las víctimas, incluidas las víctimas de agresiones sexuales, a los tribunales en condiciones de igualdad.

15. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide al Estado parte asimismo que publique el dictamen del Comité.

[Aprobado en español, francés e inglés, siendo la versión original el texto español. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

**NACIONES
UNIDAS**

CRC



**Convención sobre los
Derechos del Niño**

Distr.
GENERAL

CRC/C/GC/11
12 de febrero de 2009

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

50º período de sesiones

Ginebra, 12 a 30 de enero de 2009

GE.09-40608 (S) 270209 270209

113

OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009)

Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO OBSERVACIÓN GENERAL N° 11 (2009)

Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención

INTRODUCCIÓN

1. En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes tienen “debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño”. Si bien todos los derechos consagrados en la Convención se aplican a todos los niños, indígenas o no, la Convención sobre los Derechos del Niño fue el primer tratado fundamental de derechos humanos en el que se hizo referencia expresa a los niños indígenas en varias disposiciones.

2. El artículo 30 de la Convención dispone que, “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará al 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”.

3. Además, el artículo 29 de la Convención establece que “la educación del niño deberá estar encaminada a [...] preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.

4. El artículo 17 de la Convención también dispone expresamente que los Estados partes “alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”.

5. Las referencias expresas que se hacen a los niños indígenas en la Convención son un reconocimiento de que esos niños necesitan medidas especiales para el pleno disfrute de sus derechos. El Comité de los Derechos del Niño ha tomado siempre en consideración la situación de los niños indígenas al examinar los informes periódicos de los Estados partes en la Convención. El Comité ha observado que los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos y ha formulado recomendaciones específicas a ese respecto en sus observaciones finales. En contra

de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, los niños indígenas continúan siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos, en particular su acceso a la atención de salud y a la educación, lo que ha llevado a aprobar la presente observación general.

6. Además de la Convención sobre los Derechos del Niño, diversos tratados internacionales de derechos humanos han desempeñado una importante función en la lucha contra la situación de los niños indígenas y en la defensa del derecho de éstos a no ser discriminados; se trata, en particular, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

7. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, contiene disposiciones que promueven los derechos de los pueblos indígenas y pone de relieve específicamente los derechos de los niños indígenas en cuanto a la educación.

8. En 2001, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, nombramiento que fue confirmado por el Consejo de Derechos Humanos en 2007. El Consejo ha pedido al Relator Especial que preste particular atención a la situación de los niños indígenas, y los informes anuales y los informes sobre misiones del Relator Especial contienen varias recomendaciones que se centran en la situación concreta de esos niños.

9. En 2003, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, de las Naciones Unidas, celebró su segundo período de sesiones sobre la cuestión de los niños y jóvenes indígenas, y el mismo año el Comité de los Derechos del Niño celebró su Día de debate general anual sobre los derechos de los niños indígenas y aprobó recomendaciones específicas destinadas principalmente a los Estados partes, pero también a las entidades de las Naciones Unidas, a los mecanismos de defensa de los derechos humanos, a la sociedad civil, a los donantes, al Banco Mundial y a los bancos de desarrollo regionales.

10. En 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que da importantes orientaciones sobre los derechos de esos pueblos, con especial referencia a los derechos de los niños indígenas en una serie de sectores.

OBJETIVOS Y ESTRUCTURA

11. La presente observación general sobre los derechos reconocidos a los niños indígenas por la Convención sobre los Derechos del Niño refleja la evolución jurídica y las iniciativas mencionadas en los párrafos que anteceden.

12. Esta observación general tiene por principal objetivo orientar a los Estados sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas. El Comité se ha basado, para formular esta observación general, en su experiencia en la interpretación de las disposiciones de la Convención en relación con los niños indígenas. Además, la observación general se basa en las recomendaciones aprobadas tras el Día de debate general sobre los niños indígenas celebrado en 2003 y refleja un proceso de consulta organizado con otras partes interesadas, entre ellas los propios niños indígenas.

13. Esta observación general tiene por finalidad analizar las dificultades específicas que obstan para que los niños indígenas puedan disfrutar plenamente de sus derechos, así como destacar las medidas especiales que los Estados deberían adoptar para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas. Además, la observación general trata de promover las buenas prácticas y de poner de relieve formas positivas de poner en práctica los derechos de los niños indígenas.

14. El artículo 30 de la Convención y el derecho al disfrute de la cultura, la religión y el idioma son elementos clave de la presente observación general; ahora bien, lo que se pretende es analizar las distintas disposiciones a las que hay que prestar especial atención en lo que se refiere a su aplicación a los niños indígenas. Se hace particular hincapié en la relación que existe con otras disposiciones pertinentes, en particular los principios generales de la Convención identificados por el Comité, a saber, la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el derecho a ser oído.

15. El Comité observa que la Convención contiene referencias tanto a los niños de las minorías como a los niños indígenas. Algunas referencias de esta observación general pueden ser pertinentes para los niños de grupos minoritarios, y en el futuro el Comité podría decidir que se preparase una observación general que se refiera específicamente a los derechos de los niños pertenecientes a grupos minoritarios.

EL ARTÍCULO 30 Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS

16. El Comité recuerda la estrecha relación existente entre el artículo

30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos artículos se afirma expresamente el derecho que tiene el niño, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. El derecho establecido es tanto individual como colectivo y constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas. El Comité observa que el ejercicio de los derechos culturales de los pueblos indígenas puede estar estrechamente relacionado con el disfrute del territorio tradicional y la utilización de sus recursos¹.

17. El artículo 30, aunque está formulado como oración negativa, reconoce que existe un “derecho” y dispone que ese derecho “no se negará”. Por consiguiente, todo Estado parte está obligado a proteger la existencia y el ejercicio de ese derecho contra su denegación o conculcación. El Comité de los Derechos del Niño conviene con el Comité de Derechos Humanos en la necesidad de adoptar medidas positivas de protección, no sólo contra los actos que pueda realizar el propio Estado parte por mediación de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, sino también contra los actos de otras personas que se encuentren en el Estado parte².

18. En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño también apoya el llamamiento que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha hecho a los Estados partes para que “reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación”³.

19. La presencia de pueblos indígenas se demuestra mediante la propia conciencia de su identidad, como criterio fundamental para determinar su existencia⁴. No se requiere que los Estados partes reconozcan oficialmente a los pueblos indígenas para que éstos puedan ejercer sus derechos. Al examinar los informes de los Estados partes, el Comité de los Derechos del Niño

1 Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 sobre el artículo 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, párrs. 3.2 y 7, y recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 4.

2 Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 sobre el artículo 27, CCPR/C/Rev.1/Add.5, 1994, párr. 6.1.

3 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 23 sobre los pueblos indígenas, 1997, contenida en el anexo V del documento A/52/18.

4 Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, art.

ha observado que muchos de esos Estados, al cumplir las obligaciones que les impone la Convención, no prestan la debida atención a los derechos de los niños indígenas ni a la promoción de su desarrollo. El Comité considera que, en consulta con las comunidades interesadas⁵ y con la participación de los niños en el proceso de consulta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, se deberían adoptar medidas especiales mediante disposiciones legislativas y políticas para proteger a los niños indígenas.

20. El Comité considera que las autoridades u otras entidades de los Estados partes deberían celebrar activamente consultas de una manera que sea culturalmente apropiada, que garantice la disponibilidad de información a todas las partes y que asegure una comunicación y un diálogo interactivos.

21. El Comité insta a los Estados partes a que presten la debida atención al artículo 30 en la aplicación de la Convención. En los informes periódicos que presentan con arreglo a la Convención, los Estados partes deberían proporcionar información detallada sobre las medidas especiales adoptadas para que los niños indígenas puedan disfrutar de los derechos consagrados en el artículo 30.

22. El Comité subraya que las prácticas culturales a que se refiere el artículo 30 de la Convención han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño⁶. Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas. El Comité insta encarecidamente a los Estados partes a que organicen y pongan en práctica campañas de concienciación, programas de educación y disposiciones legislativas encaminadas a cambiar las actitudes y a rectificar los papeles y estereotipos de género que contribuyen a las prácticas perjudiciales⁷.

PRINCIPIOS GENERALES (ARTÍCULOS 2, 3, 6 y 12 DE LA CONVENCIÓN)

No discriminación

23. El artículo 2 enuncia la obligación de los Estados partes de garantizar

5 Convenio N° 169 de la OIT, arts. 2, 6 y 27.

6 UNICEF, Innocenti Digest, N° 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 7.

7 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 4 sobre la salud de los adolescentes, 2003, párr. 24.

los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El Comité ha identificado la no discriminación como un principio general de fundamental importancia para la puesta en práctica de todos los derechos consagrados en la Convención. Los niños indígenas tienen un derecho inalienable a no sufrir discriminación. Para proteger de manera efectiva a los niños contra la discriminación, el Estado parte tiene la obligación de hacer que el principio de no discriminación se refleje en toda la legislación nacional y pueda ser directamente aplicado y debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos. Se debería tener acceso en el momento oportuno a unos recursos efectivos. El Comité subraya que las obligaciones del Estado parte se extienden no sólo al sector público sino también al privado.

24. Como se había señalado anteriormente en la Observación general N° 5 del Comité, relativa a las medidas generales de aplicación, la obligación de no discriminación requiere que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos. Por ejemplo, el Comité subraya, en particular, la necesidad de desagregar los datos que se reúnan, a fin de poder identificar la discriminación o la posible discriminación. Además, para hacer frente a la discriminación puede ser necesario introducir cambios en la legislación, en la administración y en la asignación de recursos, así como adoptar medidas educativas para cambiar las actitudes⁸.

25. El Comité, tras su detenido examen de los informes de los Estados partes, observa que los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños. En particular, se insta a los Estados partes a que consideren la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil⁹.

26. Una de las medidas positivas que deberían adoptar los Estados partes consiste en reunir datos desglosados y elaborar indicadores con el

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5 sobre las medidas generales de aplicación, 2003, párr. 12.

9 Recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 9.

fin de determinar en qué ámbitos sufren o podrían sufrir discriminación los niños indígenas. Es fundamental detectar las lagunas y barreras que impiden que los niños indígenas gocen de sus derechos, a fin de aplicar las medidas positivas apropiadas mediante la legislación, la asignación de recursos, las políticas y los programas¹⁰.

27. Los Estados partes deberían velar por que se tomen medidas educativas y de información pública para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas. El artículo 2, junto con el artículo 17, el párrafo 1 d) del artículo 29 y el artículo 30 de la Convención, impone a los Estados la obligación de desarrollar campañas de información pública y preparar material de divulgación y programas de estudios, tanto para escolares como para profesionales, centrados en los derechos de los niños indígenas y en la eliminación de las actitudes y prácticas discriminatorias, en particular el racismo. Además, los Estados partes deberían brindar a los niños indígenas y no indígenas oportunidades reales de entender y respetar distintas culturas, religiones e idiomas.

28. En sus informes periódicos al Comité, los Estados partes deberían señalar las medidas y programas adoptados, en el marco de la Declaración y Programa de Acción aprobados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de 2001, para hacer frente a la discriminación de los niños indígenas¹¹.

29. Al preparar medidas especiales, los Estados deberían tomar en consideración las necesidades de los niños indígenas que pueden ser víctimas de múltiples tipos de discriminación y también tener en cuenta la diferente situación de los niños indígenas en las zonas rurales y en las zonas urbanas. Se debería prestar particular atención a las niñas, a fin de que gocen de sus derechos en pie de igualdad con los niños. Además, los Estados partes deberían velar por que las medidas especiales aborden los derechos de los niños indígenas con discapacidad¹².

El interés superior del niño

30. La aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como

¹⁰ *Ibidem.*, párr. 6.

¹¹ *Ibidem.*, párr. 12.

¹² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, preámbulo. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 21 y 22.

un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos. Los niños indígenas no siempre han recibido la atención especial que merecen. En algunos casos, su particular situación ha quedado a la sombra de otros problemas de interés más general para los pueblos indígenas, como son el derecho a la tierra y la representación política¹³. El interés superior del niño no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo.

31. Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo. En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas.

32. El Comité considera que puede haber diferencias entre el interés superior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo. En las decisiones relativas a un niño en particular, que habitualmente adoptan la forma de una decisión judicial o de una decisión administrativa, lo que se trata de determinar es el interés superior de ese niño en concreto. No obstante, la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño.

33. El principio del interés superior del niño exige que los Estados adopten activamente, en sus sistemas legislativo, administrativo y judicial, medidas que apliquen sistemáticamente ese principio estudiando las consecuencias de sus decisiones y de su actuación sobre los derechos y los intereses del niño¹⁴. Para que los derechos de los niños indígenas queden efectivamente garantizados, esas medidas incluirían la formación y la concienciación de las categorías profesionales pertinentes en lo que se refiere a la importancia de tomar en consideración los derechos culturales colectivos al tratar de determinar cuál es el interés superior del niño.

13 UNICEF, Innocenti Digest, N° 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 1.

14 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5 sobre medidas generales de aplicación, 2003, párr. 12.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

34. El Comité observa con preocupación el número desproporcionadamente grande de niños indígenas que viven en una pobreza extrema, situación que tiene repercusiones negativas sobre su supervivencia y su desarrollo. Preocupan además al Comité las elevadas tasas de mortalidad en la primera infancia y en la niñez de los niños indígenas, así como la malnutrición y las enfermedades de esos niños. El artículo 4 obliga a los Estados partes a adoptar medidas para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, con la cooperación internacional. Los artículos 6 y 27 consagran el derecho de los niños a la supervivencia y al desarrollo, así como a un nivel de vida adecuado. Los Estados deberían ayudar a los padres y a otras personas responsables de los niños indígenas a dar efectividad a ese derecho brindando una asistencia material y unos programas de apoyo culturalmente apropiados, particularmente en lo que se refiere a la nutrición, a la ropa y a la vivienda. El Comité subraya la necesidad de que los Estados partes tomen medidas especiales para que los niños indígenas disfruten del derecho a un nivel de vida adecuado, así como de que esas medidas, junto con los indicadores de progreso, se elaboren en colaboración con los pueblos indígenas, incluyendo los niños.

122

35. El Comité reitera que, como lo señaló en la Observación general N° 5, interpreta la idea de desarrollo del niño “como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”¹⁵. En el preámbulo de la Convención se destaca la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada persona, particularmente en lo que se refiere a la protección y al desarrollo armonioso del niño. En el caso de los niños indígenas cuyas comunidades conservan un modo de vida tradicional, la utilización de las tierras tradicionales reviste considerable importancia para su desarrollo y para el disfrute de su cultura¹⁶. Los Estados partes deberían estudiar con detenimiento la importancia cultural de las tierras tradicionales y de la calidad del medio ambiente natural al proteger, en toda la medida de lo posible, el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

36. El Comité reafirma la importancia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y pide a los Estados que colaboren con los pueblos indíge-

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ UNICEF, Innocenti Digest, N° 11, “Asegurar los derechos de los niños indígenas”, 2004, pág. 8.

nas, incluidos los niños, para lograr la plena realización de esos objetivos en relación con los niños indígenas.

Respeto de las opiniones del niño

37. El Comité considera, con respecto al artículo 12, que hay que distinguir entre, por una parte, el derecho del niño como persona a expresar su opinión y, por otra, el derecho a ser oído colectivamente, que permite que los niños como grupo intervengan en las consultas sobre cuestiones que los afectan.

38. En lo que se refiere a los diferentes niños indígenas, el Estado parte tiene la obligación de respetar el derecho del niño a expresar, directamente o por conducto de un representante, su opinión en todos los asuntos que lo afecten, así como de tener debidamente en cuenta esa opinión en función de la edad y la madurez del niño. Esa obligación ha de respetarse en cualquier procedimiento judicial o administrativo. Teniendo en cuenta los obstáculos que impiden que los niños indígenas ejerzan ese derecho, el Estado parte debería crear un entorno que aliente la libre expresión de la opinión del niño. El derecho a ser oído incluye el derecho a la representación, a una interpretación culturalmente apropiada y, asimismo, el derecho a no expresar la propia opinión.

39. Cuando se aplica ese derecho a los niños indígenas como grupo, el Estado parte desempeña una importante función en la promoción de la participación de esos niños y debería velar por que se les consulte en todos los asuntos que los afecten. El Estado parte debería elaborar estrategias especiales para que esa participación sea efectiva. El Estado parte debería velar por que ese derecho se aplique en particular en el entorno escolar, en el contexto de otro tipo de tutela y en la comunidad en general. El Comité recomienda que los Estados partes trabajen en estrecha colaboración con los niños indígenas y con sus comunidades en la elaboración, ejecución y evaluación de programas, políticas y estrategias para aplicar la Convención.

123

DERECHOS Y LIBERTADES CIVILES (ARTÍCULOS 7, 8, 13 A 17 Y 37 a) DE LA CONVENCIÓN)

Acceso a la información

40. El Comité subraya la importancia de que los medios de información tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños indígenas, de conformidad con los artículos 17 d) y 30 de la Convención. El Comité alienta a los Estados partes a que ayuden a los niños indígenas a tener acceso a los medios de información en sus propios idiomas. El Comité subraya el derecho de los niños indígenas a tener acceso a la información, incluso en sus propios idiomas, para poder ejercer efectivamente su derecho a ser oídos.

Inscripción de los nacimientos, nacionalidad e identidad

41. Los Estados partes están obligados a velar por que todos los niños sean inscritos inmediatamente después de su nacimiento y por que adquieran una nacionalidad. La inscripción de los nacimientos debería ser gratuita y estar al alcance de todos. Preocupa al Comité que siga habiendo niños indígenas, en mayor número que los no indígenas, que no son inscritos en el registro de nacimientos y quedan expuestos a un mayor riesgo de apatridia.

42. Por consiguiente, los Estados partes deberían tomar medidas especiales para la debida inscripción de los niños indígenas, incluidos los que residen en zonas apartadas. Esas medidas especiales, que habrán de acordarse en consulta con las comunidades afectadas, pueden incluir el despliegue de unidades móviles, la realización de campañas periódicas de inscripción de los nacimientos o el establecimiento de oficinas de registro civil en las comunidades indígenas, a fin de que estén al alcance de éstas.

43. Los Estados partes deberían velar por que se informe a las comunidades indígenas de la importancia de la inscripción de los nacimientos y las consecuencias negativas que el hecho de no inscribir los nacimientos tiene sobre el disfrute de otros derechos de los niños. Los Estados partes deberían cerciorarse de que esa información esté a disposición de las comunidades indígenas en sus propios idiomas y realizar campañas públicas de concienciación en consulta con las comunidades afectadas¹⁷.

44. Además, teniendo en cuenta los artículos 8 y 30 de la Convención, los Estados partes deberían velar por que los niños indígenas puedan tener los nombres indígenas que sus padres elijan de acuerdo con sus tradiciones culturales, así como velar por el derecho a preservar su identidad. Los Estados partes deberían promulgar disposiciones legislativas nacionales que den a los padres indígenas la posibilidad de elegir el nombre que prefieran para sus hijos.

45. El Comité señala a la atención de los Estados el artículo 8, párrafo 2, de la Convención, que dispone que un niño privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos deberá recibir la asistencia y la protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. El Comité alienta a los Estados partes a que tengan en cuenta el artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que dispone que se deben establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que prive a los pueblos indígenas, incluidos los niños, de su identidad étnica.

17 UNICEF, Innocenti Digest, N° 11, "Asegurar los derechos de los niños indígenas", 2004, pág. 9.

ENTORNO FAMILIAR Y OTRO TIPO DE TUTELA (ARTÍCULOS 5, 9 a 11, 18 (PÁRRAFOS 1 Y 2), 19 A 21, 25, 27 (PÁRRAFO 4) Y 39 DE LA CONVENCIÓN)

46. El artículo 5 de la Convención dispone que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad para impartir al niño, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y la orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la Convención. Los Estados partes deberían velar por que se apliquen medidas efectivas para salvaguardar la integridad de las familias y las comunidades indígenas prestándoles asistencia en sus funciones de crianza de los hijos, de conformidad con los artículos 3, 5, 18 y 25 y con el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención¹⁸.

47. Los Estados partes deberían, en cooperación con las familias y las comunidades indígenas, reunir datos sobre la situación familiar de los niños indígenas, incluidos los niños que estén en hogares de acogida y en proceso de adopción. Esa información debería utilizarse para formular políticas sobre el entorno familiar y otro tipo de tutela de los niños indígenas de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural. La consideración primordial en los programas de desarrollo, servicios sociales, salud y educación que se refieran a los niños indígenas debería ser el interés superior del niño y el mantenimiento de la integridad de las familias y las comunidades indígenas¹⁹.

48. Además, los Estados deberían siempre velar por que el principio del interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier caso en que se coloque a los niños indígenas en otro tipo de tutela para su cuidado y, conforme al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención, prestar la debida atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. En los Estados partes en que haya una proporción excesiva de niños indígenas entre los niños separados de su entorno familiar, se deberían adoptar, en consulta con las comunidades indígenas, medidas de política especialmente dirigidas a ellos para reducir el número de niños indígenas confiados a otro tipo de tutela y evitar que pierdan su identidad cultural. Concretamente, si un niño indígena fuese colocado fuera de su comunidad, el Estado parte debería adoptar medidas especiales para que el niño pueda mantener su identidad cultural.

¹⁸ Recomendaciones del Día de debate general del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 17.

¹⁹ *Ibidem*.

SALUD BÁSICA Y BIENESTAR (ARTÍCULOS 6, 18 (PÁRRAFO 3), 23, 24, 26 Y 27 (PÁRRAFOS 1 A 3) DE LA CONVENCIÓN)

49. Los Estados partes deberían velar por que todos los niños disfruten del nivel de salud más alto posible y tengan acceso a los servicios de atención médica. Las condiciones de salud de los niños indígenas suelen ser peores que las de los niños no indígenas, en particular porque no tienen servicios de salud o porque éstos son de inferior calidad. El Comité observa con preocupación, sobre la base del examen de los informes de los Estados partes, que esta situación se da tanto en países desarrollados como en países en desarrollo.

50. El Comité insta a los Estados partes a que adopten medidas especiales para que los niños indígenas no sean objeto de discriminación en el disfrute del nivel de salud más alto posible.

El Comité observa con preocupación las altas tasas de mortalidad de los niños indígenas y señala que los Estados partes tienen la obligación positiva de velar por que los niños indígenas tengan acceso a los servicios de salud en pie de igualdad, así como de luchar contra la malnutrición, contra la mortalidad en la primera infancia y en la niñez y contra la mortalidad materna.

51. Los Estados partes deberían adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los niños indígenas a los servicios de salud. Los servicios de salud deberían, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados²⁰. Se debería tener especial cuidado de que los servicios de salud tengan en cuenta el contexto cultural y de que la información correspondiente esté disponible en los idiomas indígenas. Se debería prestar particular atención a la necesidad de que los indígenas que viven en zonas rurales y de difícil acceso o en zonas de conflictos armados, o los indígenas que sean trabajadores migratorios, refugiados o desplazados, tengan acceso a los servicios de salud. Los Estados partes deberían, además, prestar especial atención a las necesidades de los niños indígenas con discapacidades y velar por que los programas y políticas pertinentes tengan en cuenta el contexto cultural²¹.

52. El personal sanitario y médico de las comunidades indígenas desempeña una importante función porque actúa como vínculo entre la medicina tradicional y los servicios médicos convencionales, por lo que se debería dar

20 Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párrs. 1 y 2.

21 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidades, 2006.

preferencia al empleo de personal de la comunidad indígena local²². Los Estados partes deberían promover la función de ese personal proporcionándole los medios y la formación necesarios para que las comunidades indígenas puedan utilizar la medicina tradicional de forma tal que se tengan presentes su cultura y sus tradiciones. En este contexto, el Comité recuerda el párrafo 2 del artículo 25 del Convenio N° 169 de la OIT y los artículos 24 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, relativos al derecho de esos pueblos a sus propias medicinas tradicionales²³.

53. Los Estados partes deberían adoptar todas las medidas que sean razonables para que los niños indígenas, sus familias y sus comunidades reciban información y educación sobre cuestiones relacionadas con la salud y con los cuidados preventivos, como la nutrición, la lactancia, la atención prenatal y posnatal, la salud de los niños y de los adolescentes, la vacunación, las enfermedades transmisibles (en particular el VIH/SIDA y la tuberculosis), la higiene, el saneamiento ambiental y los peligros de los plaguicidas y de los herbicidas.

54. En relación con la salud de los adolescentes, los Estados partes deberían considerar estrategias específicas para dar a los adolescentes indígenas acceso a información sexual y reproductiva y a los servicios pertinentes, en particular sobre la planificación familiar y los contraceptivos, los riesgos de los embarazos precoces, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual. Con este fin, el Comité recomienda que los Estados partes tengan en cuenta sus Observaciones generales N° 3, sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño (2003), y N° 4, sobre la salud de los adolescentes (2003)²⁴.

55. En algunos Estados partes, las tasas de suicidio de los niños indígenas son considerablemente más altas que las de los niños no indígenas. En esas circunstancias, los Estados partes deberían formular y aplicar una política de medidas preventivas y velar por que se asignen más recursos financieros y humanos a la atención de salud mental para los niños indígenas, de forma tal que se tenga en cuenta su contexto cultural, previa consulta con la comunidad afectada. Para analizar y combatir las causas profundas de ese fenómeno, el Estado parte debería entablar y mantener un diálogo con la comunidad indígena.

22 Convenio N° 169 de la OIT, art. 25, párr. 3.

23 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, arts. 24 y 31.

24 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, y Observación general N° 4 sobre la salud de los adolescentes, 2003.

EDUCACIÓN (ARTÍCULOS 28, 29 Y 31 DE LA CONVENCIÓN)

56. El artículo 29 de la Convención dispone que la educación de todos los niños deberá estar encaminada a, entre otros objetivos, el desarrollo del respeto de la identidad cultural del niño, de su idioma, de sus valores y de las civilizaciones distintas de la suya. Otros objetivos son la preparación del niño para que asuma una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. Los objetivos de la educación son aplicables a la educación de todos los niños, y los Estados deberían velar por que esos objetivos se reflejen adecuadamente en los programas de estudios, en el contenido del material educativo, en los métodos de enseñanza y en las políticas. Se alienta a los Estados a que se remitan a la Observación general N° 1 del Comité, sobre los propósitos de la educación, para la ulterior orientación²⁵.

57. La educación de los niños indígenas contribuye tanto a su desarrollo individual y al desarrollo comunitario como a su participación en la sociedad en sentido amplio. Una educación de calidad permite que los niños indígenas ejerzan y disfruten sus derechos económicos, sociales y culturales en su beneficio personal y en beneficio de su comunidad. Además, refuerza la capacidad de los niños para ejercer sus derechos civiles a fin de influir en los procesos políticos para mejorar la protección de los derechos humanos. Así, la realización del derecho de los niños indígenas a la educación es un medio esencial de lograr el reconocimiento de derechos a las personas y la libre determinación de los pueblos indígenas.

58. Para que los objetivos de la educación estén en consonancia con la Convención, los Estados partes tienen la obligación de proteger a los niños contra toda forma de discriminación, como se dispone en el artículo 2 de la Convención, así como de luchar activamente contra el racismo. Esa obligación es particularmente pertinente en relación con los niños indígenas. Para poner en práctica efectivamente esa obligación, los Estados partes deberían velar por que los programas de estudios, el material educativo y los libros de texto de historia den una imagen justa, exacta e informativa de las sociedades y las culturas de los pueblos indígenas²⁶. En el entorno escolar se

25 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 1 sobre los propósitos de la educación, 2001.

26 Convenio N° 169 de la OIT, art. 31. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos

deberían evitar las prácticas discriminatorias, tales como las restricciones de la utilización del vestuario cultural y tradicional.

59. El artículo 28 de la Convención dispone que los Estados partes deberán implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos los niños en condiciones de igualdad.

Se alienta a los Estados partes a hacer que la enseñanza secundaria y la formación profesional estén a la disposición y al alcance de todos los niños. Sin embargo, en la práctica los niños indígenas cuentan con menos probabilidades de escolarización y siguen teniendo tasas más elevadas de deserción escolar y de analfabetismo que los no indígenas. El acceso de la mayoría de los niños indígenas a la educación es inferior a causa de diversos factores, como la insuficiencia de centros de enseñanza y de maestros, los costos directos o indirectos de la educación y la falta de un programa de estudios culturalmente ajustado y bilingüe, de conformidad con el artículo 30. Además, los niños indígenas suelen hacer frente a la discriminación y al racismo en el entorno escolar.

60. Para que los niños indígenas ejerzan su derecho a la educación en las mismas condiciones que los no indígenas, los Estados partes deberían adoptar una serie de medidas especiales. Los Estados partes deberían asignar recursos financieros, materiales y humanos para aplicar políticas y programas encaminados específicamente a mejorar el acceso de los niños indígenas a la educación. Como lo dispone el artículo 27 del Convenio N° 169 de la OIT, los programas y los servicios de educación deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con los pueblos interesados a fin de responder a sus necesidades particulares. Además, los gobiernos deberían reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones cumplan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos²⁷. Los Estados deberían esforzarse razonablemente por lograr que las comunidades indígenas cobren conciencia del valor y la importancia de la educación, así como de la trascendencia del apoyo comunitario a la escolarización.

61. Los Estados partes deberían velar por que las instalaciones escolares sean fácilmente accesibles en los lugares en que viven niños indígenas. Si fuera necesario, los Estados partes deberían apoyar la utilización con fines educativos de los medios de información, como emisiones de radio y

de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 15.

27 Convenio N° 169 de la OIT, art. 27.

programas de educación a distancia (a través de Internet), y crear escuelas móviles para los pueblos indígenas que tienen tradiciones nómadas. El ciclo escolar debería tener en cuenta las prácticas culturales, así como las actividades estacionales agrícolas y los períodos ceremoniales, y tratar de ajustarse a ellas. Los Estados partes no deberían establecer escuelas en régimen de internado fuera de las comunidades indígenas más que cuando sea necesario, ya que ello puede desincentivar la escolarización de los niños indígenas, especialmente las niñas. Las escuelas en régimen de internado deberían responder a criterios adaptados al contexto cultural y ser supervisadas regularmente. También se debería tratar de que los niños indígenas que viven fuera de sus comunidades tengan acceso a la educación de una forma que respete su cultura, sus idiomas y sus tradiciones.

62. El artículo 30 de la Convención establece el derecho de los niños indígenas a emplear su propio idioma. Para dar efectividad a ese derecho, es fundamental que el niño pueda recibir educación en su propio idioma. El artículo 28 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que se deberá enseñar a los niños indígenas a leer y a escribir en su propia lengua, además de darles la oportunidad de llegar a dominar las lenguas oficiales del país²⁸. Los programas de estudios bilingües e interculturales son un criterio importante para la educación de los niños indígenas. En la medida de lo posible, los maestros de los niños indígenas deberían ser contratados en las comunidades indígenas y deberían recibir un apoyo y una formación suficientes.

63. En relación con el artículo 31 de la Convención, el Comité señala las muchas ventajas positivas que tiene la participación en los deportes, en los juegos tradicionales, en la educación física y en las actividades recreativas, y pide a los Estados partes que velen por que los niños indígenas gocen del ejercicio efectivo de esos derechos.

MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN (ARTÍCULOS 22, 30, 38, 39, 40, 37 b) A d) Y 32 A 36 DE LA CONVENCIÓN)

Los niños en los conflictos armados y los niños refugiados

64. El Comité, como resultado de sus exámenes periódicos de los informes de los Estados partes, ha llegado a la conclusión de que los niños indígenas son particularmente vulnerables en situaciones de conflicto armado o de disturbios internos. Las comunidades indígenas suelen residir en zonas codiciadas por sus recursos naturales o que, a causa de su lejanía,

²⁸ Convenio N° 169 de la OIT, art. 28.

sirven de base para grupos armados no estatales. En otras situaciones, hay comunidades indígenas que residen en las cercanías de fronteras o límites controvertidos por Estados²⁹.

65. En esas circunstancias, los niños indígenas han estado y continúan estando expuestos al riesgo de ser víctimas de atentados contra sus comunidades en los cuales pierden la vida, sufren violaciones o torturas, son objeto de desplazamientos o de desapariciones forzadas, son testigos de atrocidades o son separados de sus padres y de su comunidad. Hay fuerzas y grupos armados que atacan en particular contra las escuelas, con lo que dejan a los niños indígenas sin posibilidades de educación. Además, hay fuerzas y grupos armados que han reclutado a niños indígenas para obligarlos a cometer atrocidades, a veces incluso contra sus propias comunidades.

66. Según el artículo 38 de la Convención, los Estados partes deberían velar por que se respeten las normas del derecho humanitario y asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado. Los Estados partes deberían prestar particular atención a los riesgos a que están expuestos los niños indígenas en caso de hostilidades y tomar el mayor número de medidas preventivas en consulta con las comunidades de que se trate. En lo posible, se deberían evitar las actividades militares en los territorios indígenas, y a este respecto el Comité recuerda el artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas³⁰. Los Estados partes no deberían exigir la conscripción de niños indígenas de menos de 18 años en las fuerzas armadas. Se alienta a los Estados partes a que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

67. Se deberían prestar a los niños indígenas que hayan sido reclutados en conflictos armados los servicios de apoyo necesarios para reintegrarlos en sus familias y en sus comunidades. Según el artículo 39 de la Convención, los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o de conflictos armados. En el caso de los niños indígenas, al proceder de esta forma se debería tener debidamente en cuenta el origen cultural y lingüístico del niño.

29 UNICEF, Innocenti Digest, N° 11, Asegurar los derechos de los niños indígenas, 2004, pág.

30 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/RES/61/295, art. 30.

68. El niño indígena que haya sido desplazado o se haya convertido en refugiado debería recibir especial atención y asistencia humanitaria, prestadas de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural. Se deberían promover el regreso en condiciones de seguridad y la restitución de los bienes colectivos e individuales.

Explotación económica

69. El artículo 32 de la Convención dispone que todos los niños indígenas deben estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer la educación del niño, o que pueda ser nocivo para la salud del niño o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Además, los Convenios de la OIT N° 138 (edad mínima) y N° 182 (peores formas de trabajo infantil) fijan parámetros para distinguir entre, por una parte, el trabajo infantil que hay que abolir y, por otra, el trabajo infantil que cabe aceptar, como las actividades que permitan a los niños indígenas adquirir aptitudes para ganarse la vida y conocer su identidad y su cultura. Se entiende por trabajo infantil el trabajo que priva al niño de su infancia, de su potencial y de su dignidad y que es nocivo para su desarrollo físico y mental³¹.

132

70. En la Convención sobre los Derechos del Niño hay disposiciones que se refieren a la utilización de niños en la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes (art. 33), a la explotación sexual (art. 34), a la trata de niños (art. 35) y al niño en conflictos armados (art. 38). Esas disposiciones guardan estrecha relación con la definición de las peores formas de trabajo infantil contenida en el Convenio N° 182 de la OIT. El Comité observa con profunda preocupación que la pobreza afecta en forma desproporcionada a los niños indígenas y que éstos están particularmente expuestos al riesgo de ser utilizados para el trabajo infantil, especialmente en sus peores formas, como la esclavitud, el trabajo en condiciones de esclavitud, la trata de niños, incluso para trabajos domésticos, la utilización en conflictos armados, la prostitución y los trabajos peligrosos.

71. Para prevenir la explotación del trabajo de los niños indígenas (al igual que de todos los demás niños) hay que aplicar un enfoque basado en los derechos y establecer un estrecho vínculo con el fomento de la educación. Los Estados partes, para erradicar efectivamente la explotación del trabajo infantil entre las comunidades indígenas, tienen que identificar las barreras que se interponen actualmente a la educación, así como los

31 Directrices de la OIT para combatir el trabajo infantil entre los pueblos indígenas y tribales, 2006.

derechos y las necesidades concretas de los niños indígenas con respecto a la educación escolar y a la formación profesional. Con tal fin, hay que esforzarse especialmente por mantener un diálogo con las comunidades y los padres indígenas sobre la importancia y los beneficios de la educación. Para adoptar medidas contra la explotación del trabajo infantil es preciso además analizar las causas estructurales básicas de la explotación del niño, reunir datos y organizar y aplicar programas de prevención, que se llevarán a cabo en consulta con las comunidades y los niños indígenas y a los que el Estado parte deberá asignar recursos financieros y humanos suficientes.

La explotación sexual y la trata

72. Los artículos 34 y 35 de la Convención instan a los Estados, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 20, a cerciorarse de que los niños estén protegidos contra la explotación y el abuso sexuales, así como contra el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin. Preocupa al Comité que los niños indígenas en cuyas comunidades impera la pobreza y a las que afecta la migración urbana corran un alto riesgo de ser víctimas de la explotación sexual y de la trata. Las jóvenes, particularmente aquellas cuyo nacimiento no se ha inscrito, son especialmente vulnerables. Para mejorar la protección de todos los niños, en especial los indígenas, se alienta a los Estados partes a que ratifiquen y apliquen el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

133

73. Los Estados, en consulta con las comunidades indígenas, incluidos los niños, deberían idear medidas de prevención y asignar recursos financieros y humanos expresamente destinados a ponerlas en práctica. Los Estados deberían basar las medidas de prevención en estudios en los que se documenten las tendencias de las transgresiones y en los que se analicen sus causas fundamentales.

Justicia juvenil

74. Los artículos 37 y 40 de la Convención enuncian los derechos del niño en el sistema judicial del Estado y en su interacción con éste. El Comité observa con preocupación que el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad³². Para luchar contra esa elevada tasa de encarcelamiento, el Co-

³² Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 6.

mité señala a la atención de los Estados partes el artículo 40, párrafo 3, de la Convención, con arreglo al cual los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado. El Comité, en su Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, así como en sus observaciones finales, ha afirmado sistemáticamente que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso³³.

75. Se alienta a los Estados partes a tomar todas las medidas procedentes para ayudar a los pueblos indígenas a organizar y poner en práctica sistemas tradicionales de justicia restaurativa, siempre que esos programas sean conformes a los derechos enunciados en la Convención, en particular el interés superior del niño³⁴. El Comité señala a la atención de los Estados partes las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, en las que se alienta a establecer programas comunitarios para prevenir esa delincuencia³⁵. Los Estados partes, en consulta con los pueblos indígenas, deberían tratar de apoyar el establecimiento de políticas, programas y servicios comunitarios que tengan en cuenta las necesidades y la cultura de los niños indígenas, de sus familias y de sus comunidades. Los Estados deberían proporcionar recursos suficientes a los sistemas de justicia juvenil, en particular los establecidos y aplicados por pueblos indígenas.

76. Se recuerda a los Estados partes que, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, todos los niños deberán tener la oportunidad de ser escuchados, ya directamente, ya por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o penal que los afecte. En el caso de los niños indígenas, los Estados partes deberían adoptar medidas para proporcionar los servicios de un intérprete sin cargo alguno, de ser necesario, y para garantizar al niño asistencia letrada de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural.

77. Los profesionales que trabajan en las fuerzas del orden y en el poder judicial deberían recibir una formación apropiada sobre el contenido y el significado de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos

33 *Ibidem.*, párr. 23.

34 Recomendaciones del Día de debate general sobre los derechos de los niños indígenas, 2003, párr. 13.

35 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 1990.

Facultativos, en particular la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y otros grupos especiales³⁶.

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES Y VIGILANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

78. El Comité recuerda a los Estados partes que la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño los obliga a tomar medidas para hacer realidad todos los derechos consagrados en la Convención respecto de todos los niños que estén sometidos a su jurisdicción. La obligación de respetar y proteger exige que todo Estado parte vele por que el ejercicio de los derechos de los niños indígenas esté plenamente protegido contra cualquier acto que realice el Estado parte por mediación de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas o de cualquier otra entidad o persona situada dentro del Estado parte.

79. El artículo 3 de la Convención dispone que los Estados partes velen por que, en todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a la que se atenderá sea el interés superior del niño. El artículo 4 de la Convención dispone que los Estados partes deben adoptar medidas para dar efectividad a la Convención hasta el máximo de los recursos de que dispongan. Según el artículo 42, los Estados partes están obligados además a dar a conocer los principios y disposiciones de la Convención a los niños y a los adultos.

80. Los Estados partes, a fin de poner en práctica efectivamente los derechos que reconoce la Convención a los niños indígenas, tienen que promulgar las disposiciones legislativas apropiadas de conformidad con la Convención. Se deberían asignar recursos suficientes y adoptar medidas especiales en diversas esferas a fin de lograr efectivamente que los niños indígenas disfruten de sus derechos en pie de igualdad con los niños no indígenas. Se deberían adoptar nuevas disposiciones para reunir y desglosar datos y para establecer indicadores a fin de evaluar hasta qué punto se da efectividad a los derechos de los niños indígenas. Para que en la política y en la programación se tenga en cuenta el contexto cultural, los Estados partes deberían celebrar consultas con las comunidades indígenas y directamente con los niños indígenas. Se debería formar a los profesionales que trabajan con niños indígenas acerca de la forma de tener en cuenta los aspectos culturales de los derechos de los niños.

³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, párr. 97.

81. El Comité insta a los Estados partes a que, cuando sea procedente, integren mejor en los informes periódicos que le presenten la información relativa al ejercicio de los derechos de los niños indígenas y a la adopción de medidas especiales al respecto. El Comité pide además a los Estados partes que redoblen sus esfuerzos por traducir y difundir entre las comunidades y los niños indígenas información acerca de la Convención, de sus Protocolos Facultativos y del proceso de presentación de informes, a fin de que las comunidades y los niños indígenas participen activamente en el proceso de vigilancia. Además, se alienta a las comunidades indígenas a que utilicen la Convención como medio de evaluar la forma en que se hacen realidad los derechos de sus niños.

82. Por último, el Comité insta a los Estados partes a que adopten criterios fundados en los derechos con respecto a los niños indígenas sobre la base de la Convención y de otras normas internacionales pertinentes, como el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Para que se vigile efectivamente la aplicación de los derechos de los niños indígenas, se exhorta a los Estados partes a que estrechen su cooperación directa con las comunidades indígenas y, de ser necesario, recaben la cooperación técnica de organismos internacionales, entre ellos las entidades de las Naciones Unidas. Una mejor situación económica y social de los niños indígenas y el ejercicio efectivo de sus derechos a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso que, en armonía con sus obligaciones en materia de derechos humanos, cumpla esas obligaciones.