

Boletín de Jurisprudencia
OCTUBRE 2024

DICTÁMENES E INFORMES DEL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL DEL MPD

EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL Y
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
--------------------	---

DICTÁMENES E INFORMES EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. DICTAMEN DEL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE T. A.” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 11 EL 22/5/2024.	4
2. DICTAMEN DEL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE A.” PRESENTADO ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO EL 14/9/2023. CAUSA N° 147. RESUELTA EL 23/10/2023.	7
3. INFORME PARA EL CASO “CII” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA PLATA N° 4 EL 22/8/2023. CAUSA N° 14163/2017, RESUELTA EL 9/8/2017.....	9
4. DICTAMEN DEL CASO “PLB” PRESENTADO ANTE LA DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL CIVIL N° 1 DEL DISTRITO DE TARTAGAL EL 9/2/2023. CAUSA N° 53084/2022.	13
5. DICTAMEN DEL CASO “CI” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE ESQUEL EL 1/11/2021. CAUSA N° 68/2020.	16
6. DICTAMEN DEL CASO “ESTADO NACIONAL” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL N° 2 DE SANTA FE EL 24/7/2019. CAUSA N° 65908/2018, RESUELTA EL 25/8/2022.....	18
7. INFORME PRESENTADO A PEDIDO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE CALETA OLIVIA EL 13/3/2019.	23
8. DICTAMEN DEL CASO “DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO” PRESENTADO ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA E EL 8/11/2018. CAUSA N° 16122/2013, RESUELTA EL 27/9/2019.....	25
9. INFORME PARA EL CASO “GEM” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE DOLORES EL 5/10/2018. CAUSA N° 286/2018, RESUELTA EL 8/5/2018.	28
10. DICTAMEN DEL CASO “SCQC” PRESENTADO ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE JUJUY, SALA II EL 7/12/2017. CAUSA N° 14715/2016.	30
11. DICTAMEN DEL CASO “BO S.A.” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO NACIONAL EN LO COMERCIAL N° 11 EL 24/2/2017. CAUSA N° 26962/2006, RESUELTA EL 11/7/2022.....	32

INTRODUCCIÓN

Esta publicación presenta la producción de informes y dictámenes seleccionados y destacados en material civil, comercial y contencioso administrativo del Programa sobre Diversidad Cultural (PSDC) del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (MPD) en el período 2017 a 2024. El PSDC fue creado con la finalidad de “promover actividades orientadas a la defensa y protección de la diversidad cultural, brindando apoyo a los integrantes de este Ministerio Público”, con especial referencia al “propósito de colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas” (Res. DGN N°1190/2008). De ese modo, el Programa viene desarrollando diversos aportes a la defensa pública en materia de derechos de los pueblos indígenas y diversidad cultural.

El marco jurídico nacional e internacional reconoce el derecho a la diversidad y a la identidad cultural, y establece la obligación del Estado de arbitrar los medios necesarios para su garantía y cumplimiento. En nuestro país, a partir de la reforma constitucional hubo un cambio de paradigma en la temática con la inclusión del artículo 75 incisos 17, 22 y 23. En el ámbito internacional, un conjunto de instrumentos abordó específicamente la temática, como el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Del mismo modo, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural sostiene 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).

Desde el Ministerio Público de la Defensa se ha desarrollado una línea de trabajo en la temática y en el estudio Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas¹, en donde se visibilizó la importancia de que el sistema judicial adecue su actuación de modo respetuoso de la diversidad cultural cada vez que en un proceso judicial se involucren derechos de personas cuya identidad étnica lo requiera.

El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la Ley Orgánica N° 27.149. En este marco, promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Así, la actuación de la defensa pública oficial en su conjunto se dirige a garantizar la defensa y el acceso a la justicia de quienes se hallan en condición de vulnerabilidad o padecen discriminación estructural, así como a promover la defensa o asistencia de estas personas y colectivos con especial consideración de la diversidad cultural.

Dada la especificidad de la temática y la necesidad de un abordaje integral, se han utilizado diversos mecanismos para incluir esa perspectiva intercultural en las estrategias de defensa y, en cierto modo, garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado a las personas asistidas. Una de las modalidades de apoyo a quienes integran el MPD es la elaboración de dictámenes técnicos jurídicos que el PSDC provee en el marco de actuaciones judiciales. Estos informes son

¹ Defensoría General de la Nación- Programa sobre Diversidad Cultural, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, 2010. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/014%20Acceso%20a%20la%20justicia%20Indigenas.pdf>

elaborados a solicitud de las defensorías, con el fin de aportar a la asistencia y/o patrocinio jurídico, en vías de garantizar el acceso a la justicia con enfoque de diversidad cultural. Su formato varía según el destino atribuido, sea el uso reservado o su presentación en el proceso judicial.

Esta última modalidad ha sido la más utilizada, mediante la producción de un informe cuya metodología combina el aspecto jurídico –principalmente– con recursos etnográficos, trabajos de campo y de territorio, entrevistas de índole histórica, cultural y social en general, que dan sustento a la argumentación de defensa de derechos de las personas asistidas. Su denominación varía entre dictámenes técnicos jurídicos e informes jurídico culturales, según la amplitud de la metodología utilizada, sin que ello implique distinción alguna. La admisión de los tribunales siempre ha sido correcta, aunque pocas fueron las ocasiones en las cuales han sido expresamente invocados en sus decisiones, sin perjuicio de que el sentido principal de la producción era colaborar y fortalecer la posición de la defensa.

En esta oportunidad, desde el Programa sobre Diversidad Cultural realizamos una selección temática de esos dictámenes, respecto a diferentes temas de intervención institucional ante el fuero civil, comercial y/o contencioso administrativo federal, para presentar sus voces y argumentos principales. En este sentido, las presentaciones completas se encuentran disponibles para exclusivo uso de integrantes de la defensa pública. De esa forma, pretendemos facilitar la lectura, análisis y búsqueda de quien tenga interés en ello para una mejor y adecuada defensa.

Algunos de estos temas se vinculan con el derecho a la identidad cultural y comunitaria, los derechos de antiguos pobladores, pueblos indígenas y familias campesinas; el derecho a ser oído y al debido proceso; la operatividad de los derechos de los pueblos indígenas, la posesión y ocupación tradicional indígena; la vigencia e interpretación de la ley N° 23.302: el relevamiento de las tierras de la Ley N° 26.160 y su reconocimiento jurisprudencial; la adecuación cultural de la constatación de la ocupación tradicional; el acceso al agua; el patrimonio cultural y arqueológico; el acceso a la justicia de la mujer indígena y adulta mayor; el derecho a la participación y consulta previa, libre e informada; el derecho al territorio y su adecuada registración y el derecho constitucional a la posesión y propiedad indígena, entre otros. Todos estos aspectos, en su conjunto, pueden configurar una mirada del acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Para su aplicación e invocación será clave identificar estos elementos como apoyo a la estrategia de defensa en los diversos casos en los que intervienen las defensorías, ya sea en el marco de actuaciones impulsadas por la defensa pública (medidas cautelares, amparos, entre otros) o en la defensa de causas por desalojos y otro tipo de acciones civiles. Este enfoque de derechos, además de garantizar la aplicación del marco jurídico correspondiente, busca aproximar otras herramientas específicas de esta población al proceso judicial.

Asimismo, el presente documento se complementa con otro boletín que compila diversas intervenciones del Programa sobre Diversidad Cultural en materia penal, con el propósito de visibilizar el trabajo que llevamos a cabo y las intervenciones en causas que involucran el acceso a la justicia de pueblos indígenas.

Nuestro anhelo es que este material de apoyo técnico y de difusión de derechos cumpla con la aspiración de ser útil para quienes integran el MPD, el sistema de administración de justicia y toda persona interesada, en procura de un servicio público de justicia adecuado al compromiso constitucional de reconocer y promover la condición culturalmente diversa y democrática de nuestra sociedad.

Programa sobre Diversidad Cultural²
Ministerio Público de la Defensa de la Nación

² Integrado por Sebastián Tedeschi, Javier Azzali, Paula Barberi y Bárbara Carlotto.

DICTÁMENES E INFORMES EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. DICTAMEN DEL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE T. A.” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 11 EL 22/5/2024.

HECHOS

Una comunidad mapuche que se asentaba en un ámbito rural de la provincia de Río Negro interpuso una acción judicial. En ese marco, solicitó que se ordenara al Poder Ejecutivo Nacional la escrituración a su favor de las tierras que habitaba, de acuerdo a mensuras que se habían confeccionado a nivel provincial. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas implementó el relevamiento técnico jurídico previsto en la Ley N° 26.160. Mediante informes históricos y antropológicos, dio cuenta de la posesión continuada del territorio por parte de la comunidad, aunque las parcelas estaban inscriptas como fiscales. La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda, pero la decisión fue revocada por la Cámara. Para decidir así, advirtió una falta en la forma en que se había trabado la litis. El expediente llegó a la CSJN, que atribuyó la competencia a primera instancia, donde el proceso quedó radicado. En particular, se debatían los alcances de los artículos 7 y 8 de la Ley N° 23.302 de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y la operatividad del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación produjo un dictamen técnico jurídico, en virtud de la trascendencia institucional y el interés público del caso en materia de implementación del derecho a la propiedad comunitaria indígena.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derechos humanos. Constitución Nacional. Interpretación de la ley.

“El artículo 75 inciso 17, de acuerdo a la jurisprudencia mayoritaria en el país –federal y provinciales–, entre ésta la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene operatividad plena³, en particular el derecho a la propiedad indígena, el cual, por ende, se trata de un derecho de raíz constitucional, cuya efectividad se mantiene, sin perjuicio de las leyes nacionales o provinciales inferiores en la materia. Por medio de dicha norma, la asamblea constituyente reunida en 1994, declaró el reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos indígenas, respecto de la formación del estado nacional. Se trata de una declaración de hecho de carácter histórica y antropológica, que, claro está, tiene fundamento en la configuración de nuestro país,

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s. amparo, recurso de apelación (8 septiembre 2003), Caso Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh c/Formosa, expte.528/2011, entre otros. STRio Negro Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/ Rodriguez, Cristian s/ ordinario s/ casación", Expte. N° 22285-STJ (reivindicatoria). Sentencia del 14 de agosto de 2008). CNCom, Sala B, "Maccarone, Luciano Hernán y ortos c/ Grupo Olivo Argentino S.A. y otros s/ ejecutivo", del 13/05/2015), entre muchos otros de los tribunales inferiores.

que brinda fundamento a la regulación del resto de los derechos propios, como el de propiedad, consulta, personalidad jurídica, diversidad cultural, entre otros⁴.

[E]l Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 700/2010, por el cual creó la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, también se ha pronunciado expresamente acerca de la operatividad directa del artículo 75 inciso 17. En sus fundamentos señaló que: ‘cuando el derecho emplea el verbo ‘reconocer’ alude a realidades ya existentes, no creadas, sino sólo declaradas por el sistema jurídico, el cual las pone de manifiesto y/o las registra, a fin de formalizar los efectos jurídicos que produce su existencia [...] las propuestas de los convencionales constituyentes de 1994 que precedieron a la votación unánime de la cláusula del artículo 75 inciso 17, no dejan lugar a dudas sobre su naturaleza operativa y no meramente programática [...] si bien dicha cláusula constitucional es directamente operativa, es recomendable que se fijen reglas inequívocas para la instrumentación de la titularidad de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Indígenas. [L]a ausencia de procedimientos legales tendientes a facilitar la concreción de la afirmación constitucional en los hechos, pone en riesgo la efectividad de la garantía consagrada. [L]as Comunidades Indígenas han soportado desde el reconocimiento constitucional, el peligro de interpretaciones judiciales errantes y que hacen lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente’...”.

2. Pueblos indígenas. Tierras fiscales. Posesión. Propiedad comunitaria. Título de propiedad. Estado. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“La Corte IDH, en ‘Yakye Axa’, precisó que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho’...”.

“La Ley Nº 23.302/1985, originariamente, se adecuaba a lo prescripto por el Convenio Nº 107 de la OIT –vigente desde 1957 hasta 1989–, de modo que, con el tiempo y al no haber sido derogada, se convirtió en una normativa inferior jerárquica al art. 75 inc. 17 CN y al Convenio Nº 169 OIT de jerarquía suprallegal por el art. 75 inc. 22 CN; por lo que, toda disposición en la medida en que no las contradiga, mantiene su validez normativa. Así es en lo relativo a la facultad del estado nacional, a través del INAI, de promover la adjudicación de tierras, toda vez que, claro está, ello condice con la finalidad de la normativa superior de garantizar la posesión y propiedad indígena. Más aún, la adjudicación de tierras y promoción de planes que faciliten el arraigo en el territorio aparece como una vía adecuada para cumplimentarla, sin perjuicio de la debida interpretación al actual paradigma constitucional, como sustituir la designación de poblaciones por la de pueblos, como referencia al derecho a la personalidad jurídica, por mencionar algún supuesto.

[E]n autos están acreditados los supuestos de hecho que habilitan el uso de esta vía. Las parcelas se encuentran inscriptas como tierras fiscales de la nación y la autoridad de aplicación es el INAI, mientras que se ha acreditado la ocupación tradicional de la comunidad en el espacio territorial

⁴ La preexistencia étnica es común a la configuración de los países del continente, como se trató también, recientemente, en Brasil en el caso “Tribunal Supremo Federal de Brasil, RE 1017365, del 21-9-2023, en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>.

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

objeto del reclamo, mediante los dictámenes jurídicos e informes históricos y antropológicos del INAI, los planos de mensura municipales respecto de la comunidad, y los testimonios de los integrantes. Esto sin dejar de reparar que el Estado Nacional ha reconocido a lo largo de los años, la ocupación actual tradicional y pública de la comunidad sobre las tierras relevadas...”.

“Una referencia a considerar puede ser la sentencia de la Corte IDH en ‘Lhaka Honat v. Argentina’, por involucrar el derecho a la propiedad comunitaria en nuestro país. En el caso, la Corte IDH dictó sentencia en contra del estado argentino y lo declaró responsable por la violación al derecho a la propiedad, entre otros, establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso, la Corte IDH señaló la necesidad de brindar seguridad jurídica en forma general para las comunidades indígenas de la totalidad del país, mediante una legislación nacional que fije reglas de procedimiento administrativo claras y simples; sin perjuicio de la vigencia de una base jurídica que en la actualidad puede servir en determinados casos concretos, para brindar soluciones, mediante las Leyes N° 23.302 y 26.160. Adviértase que en ‘Lhaka Honat’, la Corte IDH ordenó al Estado, como medidas de reparación, las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio, sin que fuera un obstáculo la inexistencia de una ley especial de propiedad comunitaria...”.

2. DICTAMEN DEL CASO “COMUNIDAD MAPUCHE A.” PRESENTADO ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO EL 14/9/2023. CAUSA N° 147. RESUELTA EL 23/10/2023.

HECHOS

En la provincia de Río Negro, se llevaba a cabo actividad minera que ocasionaba daño ambiental y cultural. En ese contexto, las empresas no habían dado participación previa a los pobladores. Entonces, varias comunidades y organizaciones mapuches iniciaron una acción colectiva de amparo. En su presentación, pidieron el cese y la reparación de los actos perjudiciales. Asimismo, solicitaron que se estableciera un procedimiento de consulta. Con posterioridad, frente a la interposición de un recurso extraordinario, el expediente quedó radicado en el Supremo Tribunal provincial. En esa ocasión, los actores solicitaron a la Defensoría General de la Nación su intervención como “amicus curiae”.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Consulta previa. Participación pública. Consentimiento. Propiedad comunitaria. Derecho de propiedad. Posesión. Daño. Política pública.

“La participación y consulta previa, libre e informada es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, y su cumplimiento garantiza el cumplimiento de otros derechos, por su vínculo directo con el reconocimiento de la comunidad indígena como un sujeto de derecho, con una cosmovisión propia. Este derecho se encuentra contemplado tanto en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17) como en los instrumentos internacionales, esto es, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas como el Convenio 169 de la OIT. Por ese motivo, teniendo en cuenta que en nuestro país no está regulado por una ley específica, y que cada comunidad tiene sus propias características, en muchos casos se han elaborado protocolos de consulta específicos.

[S]i bien no hay una ley nacional que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta y participación indígena, existen antecedentes que pueden ser tenidos en cuenta para concretar una implementación de ese derecho con la adecuada modalidad intercultural. [L]a consulta debe realizarse en forma previa. Es decir que, los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas. La consulta debe realizarse de buena fe. La consulta no debe ser un simple trámite, sino que debe garantizar una auténtica participación y un diálogo entre las partes, basado en la confianza y el respeto mutuos, para alcanzar un consenso (Art. 6.2 del Convenio 169 OIT).

La manera de hacerla es mediante un procedimiento culturalmente adecuado, con respeto de las costumbres y tradiciones comunitarias para debatir ideas y tomar decisiones. [N]o debe agotarse en un mero trámite formal. Debe ser un verdadero instrumento de participación [...] que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas (Corte IDH, Caso Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 186).

[E]n Lhaka Honat vs. Argentina, la Corte IDH respecto de la condición de víctima en casos de comunidades indígenas, relacionó la protección del derecho al territorio, con la de los derechos a la identidad cultural, a la consulta previa, al medio ambiente sano, a la alimentación y el acceso al agua. En relación a la consulta previa, la Corte IDH dispuso que el estado argentino debía

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce por parte de las comunidades víctimas, u ordenar, requerir, autorizar, tolerar o consentir que terceros lo hagan. En caso de realizarse alguno de los actos indicados, debe estar precedido –según corresponda– de la provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a las pautas señaladas por la Corte en la presente Sentencia (supra párrs. 174 y 175).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso sobre una comunidad mapuche, señaló que ‘no es posible subestimar la circunstancia, señalada por las actoras, en punto a que en el seno de la población mapuche las decisiones son tomadas mediante mecanismos e instituciones propias, como son los parlamentos comunitarios y los lonkos que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades’⁵.

En resumen, la consulta y participación a fin del consentimiento de las comunidades afectadas, es una exigencia ineludible para la realización de cualquier gestión que se involucre a sus derechos, bajo riesgo de provocar un daño de difícil o imposible reparación ulterior. Este daño es de mayor gravedad y trascendencia, al tratarse de proyectos de exploración y/o extracción de recursos naturales o relativos a fuentes de energía, por la dimensión y alcance de los efectos sobre el territorio; lo cual explica y justifica la necesidad jurídica creada por el ordenamiento normativo, en el sentido de garantizar aquel derecho...”.

“Los sistemas de registros estatales [de la propiedad], en general, aún tienen un criterio más propenso a reconocer la propiedad privada que la comunitaria, que [...] tiene sus características propias y diferentes. En este sentido, resulta de vital importancia dar cuenta de la posesión indígena en el territorio, tal cual las propias comunidades lo indican, de acuerdo a los estándares y criterios establecidos para el ejercicio del derecho a la posesión y propiedad comunitaria. El conocimiento de la posesión y ocupación indígena concreta en el territorio, por medio de la elaboración de una cartografía específica, es una condición ineludible para el diseño de políticas públicas integrales que contemplen la situación de las diversas comunidades, de acuerdo a la zona en la que habitan y las condiciones territoriales de cada caso.

Al respecto, es relevante señalar, en el marco constitucional de las facultades concurrentes, tanto a nivel nacional como provincial, de adecuar la actuación coordinada de los organismos públicos con competencia sobre catastro, tierras, ambiente y recursos naturales (...) Toda actuación pública debe adecuarse a, al menos, los siguientes criterios básicos de los derechos de los pueblos indígenas de: 1. la auto identificación indígena; 2. la preexistencia histórica; 3. los rasgos específicos de la posesión colectiva de las tierras, de carácter cultural y en ocasiones no materialmente visible; 4. La existencia de autoridades comunitarias propias, a partir de normas indígenas; 5. La ausencia de una inscripción registral o catastral de esa posesión.

En todo caso, la falta de adopción de medidas necesarias para adecuar los procedimientos de información sobre los ocupantes reales y superficiarios, de un modo intercultural, de modo de hacer visible y registrar la existencia de familias, grupos y comunidades indígenas en los espacios, genera consecuencias disvaliosas que no pueden ser imputables y recaer sobre estas poblaciones...”.

⁵ CSJN, *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad*, 1490/2011 (47-C)/CS1).

3. INFORME PARA EL CASO “CII” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO CIVIL, COMERCIAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE LA PLATA N° 4 EL 22/8/2023. CAUSA N° 14163/2017, RESUELTA EL 9/8/2017.

HECHOS

En la provincia de Salta, una comunidad guaraní fue desalojada en forma violenta por orden judicial en una causa penal impulsada por una empresa multinacional estadounidense. Tras el desalojo, un grupo de familias indígenas de esa comunidad, junto a sus niños, niñas y adolescentes, migraron de manera forzosa hacia el Gran Buenos Aires, donde tenían parientes. Tiempo después, iniciaron el arrendamiento de tierras para desarrollar su vida comunitaria. Así, intentaron reeditar la actividad agrícola de subsistencia que realizaban en su lugar de origen y mantener sus pautas culturales. Desde entonces, la comunidad se dividió en tres parcelas de tierras localizadas en áreas periurbanas del partido de La Plata. En 2017, las personas desalojadas iniciaron una acción de amparo colectivo contra los Estados nacional, provincial y municipal, a fin de que se les entregaran tierras aptas y suficientes para el desarrollo. Para ello, contaron con el patrocinio de abogados de la Comisión Provincial por la Memoria. Además, intervino la Defensoría Pública Oficial de La Plata, en carácter de asesoría de menores. Con posterioridad, actuó como patrocinante de toda la comunidad, en sustitución de la anterior asistencia particular. A instancia de esa defensoría, tomó intervención el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, que contribuyó con la presentación de dos informes. Para cumplir con esa tarea, se realizaron entrevistas y visitas al lugar de residencia de la comunidad.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derecho a la tierra. Derecho a un nivel de vida adecuado. Vulnerabilidad. Desplazamiento forzado. Daño. Reparación.

“La situación padecida por los miembros de la comunidad indígena, desde su migración forzada en 2003, aparece como asimilable o al menos con rasgos centrales comunes, a la descrita en los supuestos de desplazamiento interno previstos por la normativa del derecho internacional de los derechos humanos. El fenómeno del desplazamiento interno es causa de violaciones de múltiples derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto esta situación como una condición de facto de desprotección y de especial vulnerabilidad e indefensión.

La Corte IDH ha considerado que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas resultan particularmente relevantes para determinar el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención Americana, los cuales definen que ‘se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos [...], y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida’ (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, p. 140).

La situación de vulnerabilidad se ve especialmente agravada cuando el desplazamiento interno es padecido por comunidades indígenas. En este supuesto, el desplazamiento forzado no afecta solo a los derechos individuales sino al derecho a la supervivencia de la propia comunidad y la cultura del grupo étnico. En efecto, la Corte IDH ha resaltado esta gravedad en función del particular y estrecho vínculo de la comunidad –que es una unidad de organización social asentada

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

en un determinado espacio geográfico con un sistema de autoridades propias y con un entramado de relaciones económicas, culturales y religiosas tradicional— con las tierras tradicionalmente ocupadas. La conexión con la tierra es fundamental y constitutiva de la vida comunitaria y social, por lo que ‘el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual’ y pone en riesgo la propia supervivencia étnica comunitaria (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. [...], p. 145).

La Corte IDH, en casos referidos a población desplazada, ha señalado que considerando las circunstancias en que se desplaza a la población de sus territorios, se debe presumir el daño material, facilitando la prueba a las víctimas. Por otra parte, ha dispuesto como medidas de reparación, programas de vivienda, salud y restitución de tierras, y ha señalado que el Estado tiene la obligación de disponer todas las medidas que sean necesarias para que la población pueda regresar de manera segura a los territorios de los cuales fue desplazada (Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica –Operación Génesis– Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013)...”.

“La cultura y cosmovisión propia de esa comunidad, por el vínculo especial y fuerte que le otorgan al uso tradicional de la tierra y el territorio, les da un contenido específico a sus demandas iniciales, en lo relativo a la necesidad de tierras aptas y suficientes, para el presente y el futuro de la vida comunitaria, y la situación de desplazamiento forzado. Todo lo cual merece ser especialmente tenido en cuenta en el proceso judicial, como referimos en el desarrollo de este informe...”.

“[L]a comunidad [...], por su condición étnica y de uso tradicional de la tierra, es sujeto colectivo de derechos específicos. Esta afirmación se fundamenta en la autoadscripción de sus miembros, su reconocimiento por parte del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, la historia social reciente vivida por la comunidad y sus familias –originarias de la región chaco salteña del país, descendiente de un pueblo preexistente al Estado Nacional–, así como de la observación directa. Al respecto, [uno de los accionantes], al ser consultado sobre su identidad, expresamente manifiesta ser guaraní, practicar su cultura, con especial referencia al vínculo con la tierra, el cual tiene dimensiones económicas, comunitarias y filosóficas propias de la cosmovisión indígena tradicional...”.

2. Pueblos indígenas. Propiedad comunitaria. Autodeterminación. Testimonios. Centro de vida.

“La comunidad ejerce una apropiación cultural del espacio habitado, la cual incluye el aspecto normativo. Una manifestación importante al respecto, es la configuración de un sistema de autoridades y reglas de organización propias, como la vigencia de un estatuto, de asambleas comunitarias mensuales, y de autoridades como el Cacique, el Consejo Familiar, el Consejo de la Mujer y el Consejo de la Juventud.

[E]n relación a su vínculo con la comunidad originaria de Salta, si bien manifiestan una identidad de cultura y una historia en común, las familias ven consolidada su situación actual sin pretender el derecho a retorno que corresponde a la condición de desplazamiento interno. Ello, pese al devenir penoso que han tenido en el último tiempo, ya que no consideran suficiente el espacio ocupado. [C]uentan que le atribuyen al espacio que ocupan, todas las características propias de la propiedad comunitaria indígena, en cuanto a su carácter colectivo, fuera del comercio para su

venta, indivisible, no pasible de ser apropiado en forma individual sino en cabeza de la propia comunidad.

[L]a parcela de tierra que actualmente ocupan ha adquirido un valor cultural propio, el cual se manifiesta en el uso tradicional que realizan de la tierra, la siembra y cosecha, la revitalización del suelo que su propia acción provocó, así como la distribución espacial, lo cual expresa el desarrollo de una vida comunitaria compartida. Aun así, la separación de las distintas familias, que viven en otros lugares [...], lo muestra como insuficiente para sostener esa vida comunitaria y plantea los términos de la necesidad social expresada en la demanda inicial. De modo que, si bien podemos señalar que las familias conforman una comunidad realizan un uso tradicional de la tierra (en lo económico y cultural), pese a las adversidades y dificultades, el espacio se evidencia como insuficiente para incluir a la totalidad de los miembros de la comunidad, y para garantizar la continuidad generacional.

Por lo expuesto, se puede reflexionar acerca del contenido de la expresión jurídica ‘otras tierras aptas y suficientes’, en los términos de la petición de la demanda, de acuerdo a la trayectoria de vida social en común, de las familias que se autoperciben, y así son reconocidas jurídicamente, como integrantes de la comunidad. [D]e acuerdo a esta trayectoria social y a las actuales circunstancias, serían las necesarias para el desarrollo comunitario, en sus dimensiones colectiva e individual, así como también, que contemple la accesibilidad de los servicios básicos de salud, educación, agua, y transportes necesarios para evitar una situación de aislamiento, en lo posible, en el mismo o cerca del actual centro de vida...”.

3. Pueblos indígenas. Derecho a la tierra. Acceso a la justicia. Derecho a ser oído. Participación pública. Niños, niñas y adolescentes. Principio de intermediación. Interculturalidad.

“La comunidad es también sujeto de derechos de agricultura familiar, en los términos de la Ley N° 27.118 de Reparación histórica de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena, en su condición de campesinos y productores rurales sin tierra, los productores periurbanos y las comunidades de pueblos originarios (art. 5 inc. f)...”.

“La protección de los derechos de los niños, niñas y jóvenes indígenas tiene regulación en diferente normativa específica. La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– es uno de los instrumentos más importantes del derecho internacional de los derechos humanos que legisla sobre los niños indígenas. También la Observación General N°11 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, que tiene como objetivo orientar a los Estados Partes sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone esa Convención.

“[L]a importancia de garantizar el cumplimiento del derecho a la consulta y participación está ampliamente reconocida por numerosos estándares internacionales de derechos humanos. En el ámbito judicial, el cumplimiento de este derecho involucra especialmente el derecho a ser oído durante el proceso, respecto de lo cual se pueden citar diferentes antecedentes jurisprudenciales, en los cuales, de una u otra manera, tuvo consideración la diversidad cultural.

En éstos, se han implementado diferentes vías procesales para garantizar ese derecho, como la realización de audiencias públicas, de audiencia conciliadoras o de acercamiento entre las partes, o mesas de diálogo en las que las autoridades comunitarias tenían la posibilidad de expresar de manera directa su opinión y puntos de vista sobre los temas relacionados con el proceso judicial; visitas *in loco* a las comunidades para un diálogo directo de las autoridades judiciales con sus miembros y conocer el entorno donde viven. Este tipo de prácticas judiciales, no sólo se lleva a cabo para dar cumplimiento al marco jurídico aplicable en cuanto al derecho a la consulta y participación, el derecho a ser oído y el acceso a la justicia, sino que también aporta elementos

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

para la resolución de los casos, a partir del principio de inmediatez, con un enfoque intercultural del proceso...”.

4. DICTAMEN DEL CASO “PLB” PRESENTADO ANTE LA DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL CIVIL N° 1 DEL DISTRITO DE TARTAGAL EL 9/2/2023. CAUSA N° 53084/2022.

HECHOS

Un grupo de familias indígenas pertenecientes a la comunidad guaraní fueron demandadas en el marco de un proceso de desalojo. En ese contexto, el accionante invocó la inscripción del inmueble a su nombre en el registro de propiedad local. Sin embargo, algunas parcelas del inmueble habían sido el asiento de la comunidad desde 1935, dado que había vivido allí en forma pacífica y continuada. Con anterioridad, el lugar había sido un monte abierto. Asimismo, la presencia indígena en la zona fue previa a 1989, cuando la parte actora adquirió derechos posesorios sobre el terreno. Por su parte, El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación colaboró con la defensa pública oficial que solicitó la elaboración de un dictamen técnico jurídico.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derecho de propiedad. Derecho a la tierra. Posesión. Personería. Emergencia. Título de propiedad.

“[E]n la cosmovisión indígena, son sumamente variados y sustancialmente diferentes a los correspondientes al derecho de propiedad particular, [...], aunque también puedan realizarse. Para ello, deben considerarse todas las manifestaciones materiales y simbólicas que corresponden a una geocultura o modo colectivo de ocupar un espacio o habitarlo, que expresan la relación especial con el territorio. Se puede enunciar el emplazamiento de un cementerio comunitario o familiar, la disposición de los sitios ceremoniales existentes en ese lugar desde tiempos remotos, aguadas, recorridos o caminos, sitios arqueológicos, la existencia de toponimias específicas en la geografía, lo cual suele pasar desapercibido o mantenerse oculto en el entorno...”.

“[L]a comunidad, más allá del reconocimiento estatal de la personería, tiene una ocupación histórica en la zona, de carácter originaria, en tanto sus familias fueron los primeros habitantes. Desde entonces, los miembros de la comunidad han practicado una ocupación colectiva y de modo tradicional, con actividades agrícolas de subsistencia, mediante la siembra de *avati* (maíz), *jei* (batatas), *madi’o* (mandioca), *andai* (zapallo), *kumanda* (poroto), sandía (sandia), y cría de animales de corral. También mantienen costumbres como que las mujeres preparan chicha, mazamorra, harina de maíz y hongos para la alimentación de las familias. Según dicen, existen enterratorios de ancianos y ancianas, lo cual es habitual en comunidades indígenas en contextos de semiruralidad. Todo lo que indica la pervivencia de normas y pautas culturales de comportamiento comunitario ancestral, de acuerdo a su propia cultura...”.

“El relevamiento técnico jurídico y catastral realizado por Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, es un proceso de producción de información que recolecta datos y relatos de carácter histórico, antropológico y social, que permite conocer la cultura propia y esa modalidad de ocupación tradicional...”.

“El Decreto 1122/2007, del Poder Ejecutivo Nacional, de reglamentación de la Ley Nacional N° 26.160, precisa que la emergencia declarada alcanza a todas las comunidades originarias del país, tanto a las inscriptas en registros de personerías jurídicas como a las preexistentes. Se define como preexistentes, a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) u organismo provincial competente. Para su implementación, el INAI creó, con consulta de los Consejos de Participación Indígena de las diferentes regiones del país, el Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, en el cual, entre otros temas y en lo que es de relevancia para este Dictamen, precisa el concepto de ocupación tradicional, actual y pública del territorio comunitario.

En relación a la posesión indígena de la tierra, se entendió que es sensiblemente distinta a la regulada por el Código Civil. La ocupación se manifiesta de manera diferente y no siempre es evidente por el modo cultural de producción que no incluye, como ocurre en las sociedades de tecnología compleja, la práctica de transformación masiva de la naturaleza. A pesar de la sutileza con que aparecen los signos de la posesión, los sitios de asentamiento periódico, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios, etc. están marcados de forma indeleble en la memoria histórica de los pueblos indígenas.

Esa memoria histórica, indisociable de la geografía, es la principal señal de posesión tradicional, que ahora posee rango constitucional, y que el Estado debe respetar en sus políticas de tierras. Esta misma concepción es la asumida por el INAI para la implementación de los relevamientos territoriales de la Ley N° 26.160 en el Programa del RETECI. El levantamiento de información territorial se produce por la participación directa y activa de las personas y familias integrantes de las comunidades.

[E]n la actualidad, las comunidades indígenas conservan porciones de tierra en áreas que fueron parte de sus territorios ancestrales. Las poseen como propiedad reconocida, como ocupantes de terrenos sin inscripción registral, y en tierras inscriptas a nombre de particulares o del fisco. [E]n ocasión de expresar los fundamentos para el proyecto que luego se convertiría en la Ley N° 26.160, ante el Senado de la Nación, se afirmó que cuando el art. 75 inc. 17 de la CN refiere al 'reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan', el Estado asume una realidad fáctica a la que otorga derechos de envergadura constitucional.

[U]n aspecto fundamental, en relación con la interpretación de la Ley 26.160 se da al indicar que 'la ocupación tradicional se presume siempre actual, subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena. El término 'actual' utilizado por la norma infraconstitucional que estableció el relevamiento de las comunidades originarias a efectos de cumplir con el imperativo supralegal (...) es simplemente una redundancia que no quita ni agrega nada al concepto constitucional que pretende reglamentar, porque la ocupación tradicional de la norma superior siempre debe reputarse actual'.

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

Entre las razones que han venido justificando las prórrogas de la norma, se destaca que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en un informe realizado con motivo de una visita al país en el año 2012, alertó que 'la grave inseguridad jurídica de las tierras indígenas se ve reflejada en el alto número de desalojos practicados a dichas comunidades'. De este modo, la ley 26.160 pretende evitar que se consoliden nuevas situaciones de despojo a fin de respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en aras de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado Nacional.

La implementación de la ley 26.160 como parte esencial del proceso de delimitación y titulación de las tierras indígenas. Por eso, cuando existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, o haya habido invocación de estos derechos, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente...".

5. DICTAMEN DEL CASO “CI” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE ESQUEL EL 1/11/2021. CAUSA N° 68/2020.

HECHOS

Una madre y su hija pertenecientes a una comunidad mapuche habitaban una vivienda tradicional denominada “ruca” en idioma Mapuzugun, ubicada en una zona rural de la provincia de Chubut. Ambas sufrían un hostigamiento reiterado por parte de personas que pretendían despojarlas de las parcelas que ocupaban. En ese contexto, la madre –cercana a los 80 años– inició una acción judicial para retener la posesión. Además, junto con autoridades mapuches y la abogada patrocinante, solicitó al Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación la elaboración de un dictamen técnico jurídico.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derecho a la tierra. Personas mayores. Género. Vulnerabilidad. Acceso a la justicia. Debido proceso. Igualdad. No discriminación. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“La Corte IDH en el caso ‘Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam’ del año 2015, puntualiza ciertos criterios que deberían seguir los Estados de acuerdo a los estándares que viene desarrollando el tribunal. Entre otros pueden mencionarse: ‘[...] la garantía de acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal– sin discriminación y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que el recurso disponible deberá ser: a) accesible, sencillo y dentro de un plazo razonable. Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia...’.

[S]e encuentran en juego los derechos de una persona que reúne ciertas características y condiciones particulares, que imprimen al proceso la necesidad de ser tenidas en especial consideración por la situación de vulnerabilidad que componen. El proceso es iniciado por una mujer, mapuche, adulta mayor (cercana a los 80 años) y en situación de pobreza. Todas ellas son multicausales para que los obstáculos en el acceso a la justicia se profundicen. Es decir que, en las personas que viven en situación de pobreza, a menudo se presenta una discriminación que puede denominarse ‘combinada o intersectorial’, ya que encuentra motivos, entre otros, en el origen étnico, las prácticas culturales, el idioma y otros vinculados a la diversidad cultural.

La Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, en su artículo 5 al expresar la necesidad de que los Estados implementen enfoques específicos sobre envejecimiento y vejez, se refiere a las personas mayores en condición de vulnerabilidad y a la discriminación múltiple que se da –entre otras– cuando se trata de mujeres, personas en situación de pobreza o marginación social, personas pertenecientes a pueblos indígenas.

Además de la situación de vulnerabilidad descrita con anterioridad y reconocida por el marco jurídico aplicable al caso, los hechos que dieron origen (y que se encuentren vigentes) al proceso judicial vulneran otros derechos de la [actora] como mujer adulta mayor. Así, el art. 7 de la Convención menciona el derecho a desarrollar una vida autónoma e independiente, esta norma se incumple toda vez que ella depende de la asistencia y ayuda frente a las turbaciones y situaciones de violencia en los alrededores de su vivienda y territorio comunitario.

[P]or su parte, el art. 29 de esa Convención señala que los Estados deben adoptar medidas para asistir a las personas mayores en situaciones de riesgo. La [actora] en reiteradas situaciones se ha encontrado en esas condiciones con motivo del accionar de particulares que impiden y/o dificultan el acceso a su vivienda, además de realizar otras acciones que generan temor. Al respecto, cabe mencionar que ella vive en una zona cercana a la Laguna 'El Martillo' y para llegar normalmente se requiere un viaje de una hora en auto, por un camino cuesta arriba en medio de los cerros.

Una vez identificado este escenario, el sistema de justicia debe adoptar las medidas necesarias para que el abordaje del caso considere las características y condiciones particulares de la parte actora, en este caso, una mujer, mapuche, adulta mayor y en situación de pobreza. En ese sentido, en el caso Rosendo Cantú v. México, la Corte IDH señaló 'que los obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia, generalmente se encuentran relacionados con la exclusión social y la discriminación étnica y que dichos obstáculos pueden ser particularmente críticos, ya que representan formas de 'discriminación combinadas', por ser mujeres, indígenas y pobres'.

Del mismo modo, la CIDH sostiene en su informe 'Mujeres Indígenas' que: 'La marginación política, social y económica de las mujeres indígenas contribuye a una situación permanente de discriminación estructural, que las vuelve particularmente susceptibles a diversos actos de violencia prohibidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer [...] y otros instrumentos interamericanos'.

El mismo documento también indica que '... las mujeres indígenas son integrantes de pueblos y comunidades marcados por los efectos de la colonización, por distintas formas de racismo social e institucional, y por la falta de respeto y certeza jurídica sobre sus territorios. En segundo lugar, tienen su propia cosmovisión e identidad cultural, y un sentido de pertenencia colectiva de sus pueblos, lo cual requiere un enfoque interseccional. En tercer lugar, son integrantes de un género que a lo largo de la historia ha sufrido discriminación, ha sido objeto de estereotipos sociales, y ha sido excluido de la vida social y política de sus comunidades, municipios y países. En cuarto lugar, suelen vivir en la pobreza y se enfrentan con desigualdad y discriminación cuando tratan de lograr la autonomía económica y financiera. Las mujeres indígenas que quieren practicar formas tradicionales de subsistencia suelen tropezar con grandes obstáculos para el acceso a las tierras y los recursos tradicionales, y con frecuencia se les niega el acceso a recursos judiciales'...

"Al referirnos a la relación de la [actora] con la tierra y territorio que habita debemos señalar que se trata de una ocupación tradicional teniendo en cuenta el vínculo cultural, económico y simbólico. Este uso tradicional de la tierra cuenta con protección jurídica de parte del sistema normativo. Se puede invocar a la Corte IDH cuando sostuvo que: 'la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a [...] varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma' (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 163)..."

"La situación de la [actora] no es un caso aislado, sino que se multiplica a lo largo y ancho del país, debido a motivos estructurales de índole social, económica y cultural. Entre estos, cabe considerar la expulsión de hecho, en forma sistemática a través del tiempo y por medios directos e indirectos, sufrida por las personas y comunidades de pueblos indígenas, de las tierras que tradicional y originariamente ocupaban, así como también la situación de especial vulnerabilidad social en la que viven, en buena medida como consecuencia de ello. Esta situación amerita ser integrada a la comprensión del caso, mediante una especial consideración para el curso del proceso judicial, para garantizar el acceso a la justicia y los derechos fundamentales..."

6. DICTAMEN DEL CASO “ESTADO NACIONAL” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL N° 2 DE SANTA FE EL 24/7/2019. CAUSA N° 65908/2018, RESUELTA EL 25/8/2022.

HECHOS

La Administración de Parques Nacionales interpuso una acción de desalojo contra dos familias de antiguos pobladores que habitaban islas en la provincia de Santa Fe. En ese proceso, se dictó sentencia y se ordenó el desalojo. Por su parte, la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Santa Fe intervino luego de esa decisión. Desde el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación se prestó colaboración con el defensor mediante un dictamen técnico jurídico. De esa manera, se logró la suscripción de un acuerdo entre las partes, por lo que se suspendió el desalojo y se archivaron las actuaciones. A la vez, se conformó un equipo de trabajo para continuar espacios de diálogo y tareas de abordaje territorial con las familias involucradas.

ARGUMENTOS

1. Comunidad campesina. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Derechos humanos. Diversidad. Vivienda. Desalojo. Debido proceso.

“[U]n encuadre de derechos humanos del caso requiere que la normativa aplicable sea aquella que brinda protección a los *antiguos pobladores y campesinos*, ya que conforme los hechos descriptos anteriormente el [demandado], integra dicha población cuya principal característica es que vive en la zona de las islas de forma continua –generación tras generación– conserva las prácticas y uso tradicional de la tierra.

En efecto, los derechos humanos de las minorías étnicas y el respeto a la diversidad cultural tienen especial protección en diferentes declaraciones y tratados internacionales y entre los más importantes se encuentran: el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención de los Derechos del Niño; las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas pertenecientes a las Minorías Nacionales, étnicas, religiosas o idiomáticas. El artículo 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone el respeto a la identidad y pluralidad cultural...”.

“La Declaración [de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en zonas rurales] entiende por ‘campesino’ [...] cualquier persona que se involucra o busca involucrarse solo, o en asociación con otros o como comunidad, en la producción agrícola en pequeña escala para la subsistencia y/o para el mercado, y que depende significativamente, aunque no necesariamente exclusivamente, de la mano de obra familiar o doméstica y otras formas no monetizadas de organizar el trabajo, y que tiene una dependencia especial y un apego a la tierra (Art. 1 inc. 1) y [...] se aplica a toda persona que se dedique a la agricultura artesanal o en pequeña escala, la siembra de cultivos, la ganadería, el pastoreo, la pesca, la silvicultura, la caza o la recolección y la artesanía relacionada con la agricultura o una ocupación relacionada en una zona rural. También se aplica a familiares dependientes de campesinos (Art. 1. Inc. 2)...”.

“[T]ratándose del desalojo de una vivienda, resultan aplicables los estándares de debido proceso que deben garantizarse en todo proceso de desalojo que persiga esa finalidad. De lo contrario, nos hallaríamos frente a lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas denomina como ‘desalojo forzoso’, vale decir, aquel en que las personas afectadas no disponen de los recursos jurídicos apropiados para proteger su vivienda (Comité de DESC, Observación General Nº7, párr. 7.)...”.

[E]l tipo de procedimiento utilizado por la Administración de Parques Nacionales para promover el desalojo de su vivienda, calificándolo como ‘intruso’, ha impedido su participación en calidad de parte y cualquier posibilidad de oponer los derechos de fondo que pudieran corresponderle en virtud de las circunstancias mencionadas: ya sea para exigir la permanencia de su vivienda en el territorio, o bien una relocalización en tierras que resulten adecuadas para el desarrollo de su tradicional forma de vida.

[U]na interpretación armónica de nuestro ordenamiento jurídico que pondere adecuadamente y ponga en su justa medida la pretendida celeridad en la recuperación de inmuebles del dominio público por parte del Estado, jamás podría hacer prevalecer esa finalidad por sobre la máxima garantía de nuestro sistema de justicia, que a su vez es la herramienta que el Estado da a todos los ciudadanos para bregar por la efectiva vigencia de los demás derechos humanos: la garantía del debido proceso, establecida en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional y en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

[E]stos argumentos constituyen razones de peso para concluir que deviene inconstitucional la aplicación de un procedimiento de desalojo ‘*inaudita parte*’ como el que establece el art. 12 de la Ley 22.351 a un caso con las circunstancias del presente, en que se ponen en juego derechos sustanciales de fondo...”.

2. Comunidad campesina. Consulta previa. Derecho a la tierra. Derecho a un nivel de vida adecuado.

“El derecho a la consulta y participación es la piedra angular del Convenio 169 de la OIT. En su art. 6.1 indica que, al aplicar el Convenio, los gobiernos deberán: ‘[...] a) consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población [...].

El convenio 169 de la OIT también contempla la importancia de poder decidir cuestiones vinculadas al desarrollo, su art. 7.1 expresa: ‘Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’. [E]n el caso de los antiguos pobladores de las islas es sustancial que puedan contar con espacios de participación y diálogo con el Estado –nacional o local– sobre las diversas políticas públicas impulsadas en la zona.

[A]l igual que el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas también reconoce a las personas que trabajan la tierra el derecho a ser consultados y a participar sobre las medidas que puedan afectarlos. De ese modo, indica que antes de aprobar medidas que puedan afectarlos: ‘(...) los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los campesinos y

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

otras personas que trabajan en las zonas rurales, por conducto de sus instituciones representativas, dialogando con quienes puedan verse afectados por las decisiones, antes de que estas sean adoptadas, y obteniendo su apoyo y tomando en consideración sus contribuciones, teniendo en cuenta los desequilibrios de poder existentes entre las diferentes partes a asegurando una participación activa, libre, efectiva, significativa e informada de las personas a los grupos en los procesos conexos de adopción de decisiones’ .

[P]or su parte, el art. 10 se refiere al derecho a la participación: ‘Los campesinos a otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a participar activa y libremente, ya sea directamente o por conducto de sus organizaciones representativas, en la preparación y aplicación de las políticas, los programas a los proyectos que puedan afectar a su vida, su tierra a sus medios de subsistencia’ (art. 10.1) y agrega que: ‘Los Estados promoverán la participación de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales [...], en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar a su vida, su tierra y sus medios de [...] (art. 10.2)’. De lo expuesto, surge que tanto la Declaración NU de Campesinos como el Convenio 169 de la OIT son instrumentos que sostienen la importancia de respetar la diversidad de culturas y de promover la tolerancia y el diálogo.

Este aspecto cultural de la existencia de las comunidades campesinas, también fue reconocido por la jurisprudencia del SIDH al referirse a ellos, como una colectividad que posee lazos culturales propios que se desenvuelven alrededor de su relación con la tierra. [L]a Corte determinó que la vulneración del derecho humano a la propiedad privada (artículos 21.1 y 21.2 de la Convención Americana) fue de especial gravedad y magnitud en el caso ‘no sólo por la pérdida de bienes materiales, sino por la pérdida de las más básicas condiciones de existencia y de todo referente social de las personas que residían en dichos poblados’ (Corte IDH, Caso de las Masacres de el Mozote y Lugares Aldeaños c. El Salvador. Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C Nº 252, Párr. 180).

[L]a Declaración NU de Campesinos se refiere al derecho a la tierra, así expresa: ‘Los campesinos y otras personas que viven en zonas rurales tienen derecho a la tierra, individual o colectivamente, de conformidad con el artículo 28 de la presente Declaración, y en especial tienen derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesqueras, los pastos a los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, tener un lugar en el que vivir con seguridad, paz y dignidad y desarrollar su cultura’ (Art. 17.1).

A nivel nacional, también aborda esta temática la Ley de Agricultura Familiar, registrada con el número 27.118. Esta norma, declara de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena (artículo 1) y crea un régimen de reparación histórica (artículo 2) destinado a estas familias, con la finalidad prioritaria de incrementar la productividad, seguridad y soberanía alimentaria y de valorizar y proteger al sujeto esencial de un sistema productivo ligado a la radicación de la familia en el ámbito rural, sobre la base de la sostenibilidad medioambiental, social y económica...”.

3. Comunidades campesinas. Derecho a la tierra. Derecho al acceso a una vivienda digna. Vulnerabilidad. Desalojo. Estado. Poder judicial. Medidas de acción positiva. Acceso a la justicia. Igualdad. No discriminación.

“[T]eniendo en cuenta este encuadre jurídico, en el caso del [demandado], debería encontrarse una solución a la cuestión planteada, que sea respetuosa de sus derechos humanos como antiguo

poblador y campesino. A ello se suma, que sus actividades y modo de vida –en principio– no presentarían una incompatibilidad con la protección del ecosistema. La categorización de Antiguos Pobladores está prevista por la Administración de Parques Nacionales en su normativa interna, también la protección y conservación de recursos naturales y culturales. Es decir, la preexistencia de pobladores y de comunidades indígenas en áreas de protección puede ser considerada complementaria y no excluyente. [El accionado] representa como antiguo poblador isleño un sector social en proceso de extinción, producto no sólo de la desprotección del Estado, sino del avasallamiento del propio Estado. Sus prácticas y costumbres, de subsistencia, también forman parte del cuidado y protección que debe contemplarse...”.

“[D]ebido al uso tradicional de la tierra y el modo de vida de los antiguos pobladores de las islas o los campesinos, el despojo o desalojo de su tierra o hábitat es una medida extrema que debe intentar evitarse por todos los medios posibles.”

“[El] derecho [a la vivienda] está protegido por el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional. A su vez el derecho a la vivienda adecuada, que incluye el derecho a la protección contra los desalojos forzados, se ha expresado con distintas fórmulas en numerosos instrumentos internacionales, en particular en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su Art. 25(1); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Art. 11 (1); en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer en su Art. 14, inc. 2 h y en la Convención de los Derechos del Niño en su Art. 27 (3), entre otros.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Campesinos, en su artículo 24 se refiere al derecho a la vivienda adecuada, a no ser desalojados y a no estar obligados a abandonar su hogar sin indemnización: ‘1. Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a una vivienda adecuada. Tienen derecho a mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad, y el derecho a no ser discriminados en ese contexto. 2. Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a no ser desalojados por la fuerza de su hogar y a ser protegidos del acoso y otras amenazas. 3. Los Estados no obligarán arbitraria o ilegalmente a campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales a abandonar su hogar o la tierra que ocupen en contra de su voluntad, sea de forma temporal o permanentemente, sin proporcionarles protección jurídica o de otro tipo o permitirles que accedan a esta. Cuando el desalojo sea inevitable, el Estado proporcionará una indemnización justa a equitativa por las pérdidas materiales o de otro tipo que se ocasionen o velará por que se conceda...’.

[E]l derecho a la vivienda adecuada, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abarca la seguridad jurídica de la tenencia y ha hecho un llamado a los Estados adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados. También ha subrayado que el aumento del acceso a la tierra de los segmentos sin tierra o empobrecidos de la sociedad debería constituir un objetivo político central para muchos Estados (CESCR, Observación General Nº4 (1991), E/1992/23, párr. 8)...”.

“El Poder Judicial está llamado en el cumplimiento de la función jurisdiccional a la adopción de medidas de acción positiva tendientes a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (art. 75, inc. 23). Eso implica que en ciertos casos como el presente, el juez tenga una actitud proactiva en defensa de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico en todas las relaciones humanas.

[L]a inactividad del juez frente a personas vulnerables como el [demandado] viola la garantía del art. 75 inc. 23 CN al evitar que el Estado tenga tiempo para adoptar las medidas de acción positiva

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

necesarias para garantizar el derecho humano a la vivienda digna en un plazo razonable (art. 14 bis, art. 25 DADH, art. 11.1 PIDESC, entre otros). Ante ello, se torna claro que el desalojo o despojo de un antiguo poblador debe ser la última opción, por el alto impacto que implica en la cultura, economía, trabajo y modo de vida de las personas afectadas...”

“El principio de considerar las especificidades culturales para el acceso a la justicia es un deber por parte de los juzgadores y tiene sustento constitucional en los artículos 16 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional y, en el ámbito internacional, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 8, 9 y 12), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de cumplir con la obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado...”

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

7. INFORME PRESENTADO A PEDIDO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA OFICIAL ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE CALETA OLIVIA EL 13/3/2019.

HECHOS

En ocasión de realizar reformas en una zona portuaria de Caleta Olivia, Santa Cruz, personal de Prefectura Naval halló un resto óseo que podría haber pertenecido a un antiguo poblador de algún pueblo indígena. Con anterioridad, habían ocurrido hallazgos de esa índole. En ese contexto, una representante de una comunidad mapuche le pidió asesoramiento a la defensoría pública oficial de la jurisdicción. Por esa razón, la defensoría se comunicó con el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación, que elaboró un informe sobre la temática.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Patrimonio. Ley aplicable.

“En relación a restos arqueológicos, restos mortales y material cultural simbólico, existe normativa específica que vincula el derecho de los pueblos indígenas al patrimonio arqueológico, pudiendo llevar adelante reclamos en torno a ello. [L]a Ley 25.517 de restitución de restos mortales de aborígenes dispone que los restos mortales indígenas que formen parte de colecciones privadas y/o públicas como museos, deberán ser puestos a consideración de los pueblos indígenas y comunidades de pertenencia que lo reclamen, sin especificar ni limitar la relación de parentesco. El artículo 3° menciona el consentimiento de las comunidades indígenas para el emprendimiento de actividades científicas que estudian los restos mortales. La complejidad y el tenor de este apartado—resistido por la comunidad científica—va a ser retomado en leyes específicas como la Ley Nacional de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico.

El Decreto reglamentario N° 701/2010, establece al INAI como el organismo encargado de coordinar, articular y asistir el seguimiento y estudio del cumplimiento de las directivas y acciones dispuestas por la Ley 25.517. Este decreto recoge el ‘Acuerdo Vermillion’ mediante el cual arqueólogos junto a líderes indígenas reunidos en el Congreso Anual de Arqueología de 1990 establecieron lineamientos éticos para el tratamiento de restos humanos. El Decreto 360/2012, crea el Programa Nacional de identificación y Restitución de restos humanos Indígenas en el ámbito del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y el Registro Nacional de identificación y restitución de restos humanos indígenas, fundamentalmente para recibir las solicitudes de comunidades, organizar y sistematizar datos acerca de colecciones públicas y/o privadas.

La Ley 25.743, de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, en el artículo 2° define al patrimonio arqueológico de la siguiente manera: ‘Forman parte del patrimonio arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes’. En el artículo 26 se establece el tipo de permiso que debe gestionarse ante el Instituto Nacional de Pensamiento Latinoamericano (INAPL), como organismo de aplicación, para llevar a cabo prospecciones y/o investigaciones arqueológicas.

Este organismo concede o no las licencias a los científicos quienes además deben presentar en un proyecto los objetivos. El artículo 40 menciona el accionar de cualquier persona que por casualidad se encuentra con un resto arqueológico: ‘Las personas que por cualquier motivo descubran materiales arqueológicos o paleontológicos de forma casual en la superficie o seno de

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

la tierra o en superficies acuosas, deberán denunciarlos y entregarlos de inmediato a la autoridad competente o en su defecto a la autoridad policial más cercana, la que deberá comunicarlo al referido organismo...’.

8. DICTAMEN DEL CASO “DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO” PRESENTADO ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA E EL 8/11/2018. CAUSA N° 16122/2013, RESUELTA EL 27/9/2019.

HECHOS

La Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero inició una acción de tercería de dominio con relación a un territorio. Asimismo, se había dispuesto su remate en una causa de liquidación de una empresa de seguros, radicada en la Justicia Nacional en lo Comercial. La defensoría actuó en representación de diversas familias que integraban una comunidad campesina y originaria allí asentada. En el lugar desarrollaban su vida social y cultural, ganadería y agricultura a pequeña escala y de subsistencia, una posta sanitaria, destacamento policial, escuela primaria, iglesia, club deportivo y una planta potabilizadora de agua. El Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación elaboró un dictamen técnico jurídico, tras haber sido puesto en conocimiento de la causa por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el marco de una medida para mejor proveer.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Comunidad campesina. Derecho a la identidad. Vulnerabilidad. No discriminación. Propiedad comunitaria. Derecho a participar en la vida cultural.

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

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

“Es posible encuadrar al grupo social dentro de la categoría de una comunidad campesina e indígena. Esta se trata de un grupo social con características socioculturales específicas que requieren ser tenidas en cuenta por parte de los operadores estatales, tanto los del sistema de administración de justicia como los de la administración pública; entre las cuales, podemos enunciar las siguientes. Su condición de sujeto colectivo con base en el fuerte lazo comunitario consolidado a lo largo del tiempo por usos y costumbres y de tradiciones.

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

Boletín de jurisprudencia

Dictámenes e informes del Programa sobre Diversidad Cultural del MPD en materia civil, comercial y contencioso administrativo

encuentran por estar alejados geográficamente de los centros urbanos donde se brindan los servicios públicos más importantes, como la salud, educación, transporte e incluso de la administración de justicia, por estar en los márgenes del modelo de desarrollo económico y de acceso al circuito de comercialización, así como por estar ocultas sus problemáticas, dificultades y reclamos por mejores condiciones de vida.

Este contexto discriminación histórica y estructural, y situación de especial vulnerabilidad, torna a las comunidades campesinas e indígenas de difícil aprehensión conceptual para el sistema de la administración de justicia. La cuestión del campo argentino quedó ligada en forma estereotipada al proceso socioeconómico de la región de la pampa húmeda, eje del modelo agroexportador predominante, excluyendo de la mirada a las pequeñas unidades campesinas existentes en el resto de las regiones del interior del país, como el caso de la zona chaqueña y, en particular, Santiago del Estero.

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

[D]e esta definición de la identidad indígena, se advierte la superposición conceptual con la identidad campesina, en tanto que se tratan de complementarias en el marco de un mismo proceso histórico en contextos de ruralidad. [S]e trata de un mismo sujeto social e histórico, muy variable de acuerdo a cada región, enfocado desde perspectivas diferentes, aunque claramente complementarias, como actor agrario es un campesino, como actor político y cultural es un indígena.

Esto así, sin dejar de considerar que no todos los indígenas son campesinos (recolectores y urbanos para hablar de dos situaciones diversas), ni todos los campesinos se auto adscriben como indígenas (caso de migrantes y criollos autóctonos sin memoria). [E]n ocasiones, se combinan las peticiones a las autoridades estatales desde ambas identidades, según corresponda, sea para programas rurales y de asistencias, sea para obtener el reconocimiento del derecho al territorio. En ocasiones la perspectiva económica y social se prioriza por sobre la etnográfica, y otras es a la inversa, pero lejos de ser excluyentes, las identidades se complementan como expresiones de un mismo actor social, la comunidad en el medio rural.

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

Escuela de la Defensa Pública
Ministerio Público de la Defensa

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

De forma colectiva organizan las 500 hectáreas de lo que llaman 'campo comunero', donde llevan sus animales a pastar. Cabe destacar, que la administración de una zona común de forma comunitaria es una práctica antiquísima probablemente heredada. [E]n relación a la presencia del grupo comunitario en el lugar, se destaca que la denominación Tipiro como pueblo indígena ancestral consta en un registro de mensura del Departamento Topográfico del año 1898 [...], en el que se hace referencia al pedido de otorgamiento de una merced del año 1717. Resulta relevante para tener por acreditada la ancestralidad de la presencia indígena y campesina en la zona, considerar que bajo el término 'Tipiro', se hace referencia al antiguo poblamiento que los colonizadores encontraron en el territorio santiagueño...".

9. INFORME PARA EL CASO “GEM” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO FEDERAL DE DOLORES EL 5/10/2018. CAUSA N° 286/2018.

HECHOS

Un grupo de familias campesinas ocupaban tierras con fines de agricultura a pequeña escala y de subsistencia. Luego, autoridades públicas nacionales las denunciaron en sede penal por usurpación. Si bien el Estado Nacional registraba la titularidad del predio, las familias contaban con permisos para su ocupación. En ese sentido, se había conformado una cooperativa y se les había otorgado programas sociales específicos. Por ese motivo, las actuaciones judiciales fueron archivadas. En esas condiciones, las familias –con patrocinio de la Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Dolores– interpusieron una acción de amparo. Solicitaron que se adoptaran las medidas necesarias para la adjudicación de las tierras, cuya superficie no superaba las veinte hectáreas. Manifestaron que, de esa manera, se garantizaría el derecho a la tierra y a la vivienda, que habían sido afectados ante la omisión estatal de implementar la Ley de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar. Por su parte, el Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación colaboró en forma activa con la DPO. Entre sus gestiones, participó de audiencias y elaboró un informe específico referido a la habilitación de la instancia judicial.

ARGUMENTOS

1. Comunidad campesina. Propiedad comunitaria. Audiencia. DESC. Políticas públicas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tutela judicial efectiva.

“[L]a omisión en la búsqueda dar cumplimiento a este derecho, afecta indirectamente a otros tales como el arraigo, la propiedad, la vivienda, el trabajo y la seguridad alimentaria. Es decir, que representa un piso mínimo que el Estado debe garantizar a las familias campesinas...”.

“Tal como se planteó en la demanda, para satisfacer los derechos de las familias campesinas debe otorgarles la atribución de las tierras en las que se encuentran o de otras adicionales cuyas características permitan la continuidad de su modelo de vida y desarrollo laboral, económico y social en torno a las actividades de la agricultura familiar. En todo caso, debe regularizarse la situación posesoria dando lugar a la participación de las familias campesinas...”.

“[N]o están dadas las circunstancias para cancelar el proceso judicial, sobre todo bajo la excusa de falta de petición administrativa previa. Justamente, la acción judicial en curso crea la instancia en la que se da la oportunidad de cumplir con las obligaciones legalmente establecidas –de carácter operativo– para garantizar la protección de sus derechos y regularizar la situación posesoria de las familias [...].

Por ese motivo, este proceso judicial se torna un ámbito propicio para buscar puntos de encuentros y una salida a la problemática planteada por las familias, sobre la base del respeto a los agricultores familiares, especialmente los registrados, quienes son sujetos beneficiarios de las políticas del Ministerio, pero que solo reciben excusas formales para justificar la falta de cumplimiento de obligaciones en cabeza del poder público.

La audiencia del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial es una oportunidad para realizar planteos, propuestas y generar alternativas consensuadas. De ese modo, se optimizarán los recursos del estado, cuyos entes involucrados pueden demostrar buena fe y compromiso para

atender a las demandas de las familias dando cumplimiento a las leyes por las que se encuentran regidos.

Discutir el agotamiento de la vía administrativa es retrotraerse en el tiempo, sin encontrar ningún respaldo en la norma, alejándose del cumplimiento y objeto de la Ley 27.118 y, sobre todo, subestimar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las familias...”.

“[L]a citación del precedente ‘Quisberth Castro’ de 2012 de la Corte Suprema que hace el SENAF es equivocada. El tribunal supremo define en el citado fallo que los derechos económicos sociales y culturales como la vivienda son derechos operativos, de operatividad derivada. Si bien en un principio su implementación está en cabeza del poder ejecutivo, una vez que se verifica la vulneración del contenido mínimo existencial de un derecho como la vivienda y especialmente cuando se encuentran afectados grupos beneficiarios de una protección especial de la ley, como son los niños, el poder judicial se encuentra habilitado a revisar la razonabilidad de las respuestas del Estado.

Para el voto de mayoría la efectividad de los derechos se explica en tanto: ‘...la Constitución Nacional reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarse no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe ‘garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Fallos: 327:3677; 332:2043) y ‘garantizar’, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional’...”.

“El reclamo de las familias, si bien busca una solución a su problemática, se enmarca en un grupo poblacional –las familias campesinas o agricultoras– que requiere un trabajo diario y cotidiano de las autoridades del ejecutivo para buscar mejorar su situación de vulnerabilidad. Colonia Ferrari no busca una solución a corto plazo sino que sostiene su petición en un derecho legítimo que tiene como contraprestación acciones por parte del Estado que, hasta el momento, no se han llevado a cabo...”.

“[P]ara alcanzar la solución que las familias proponen se requiere de la intervención judicial. En procesos como el presente, el juez cumple un rol que va más allá del principio dispositivo. Se erige en rector del proceso con facultades para construir una respuesta acorde a la responsabilidad que tiene el Estado Nacional y el Ministerio de Agroindustria frente a los tratados de derechos humanos y la Ley 27118.

Así, ante la constatación de un supuesto de vulnerabilidad en el que no aparece adecuadamente satisfecho el derecho, la asignación presupuestaria y las políticas que la determinan y son determinadas por ella, pasan a integrar el universo de cuestiones justiciables. [E]s por ello que solicitamos se convoque a una mesa de diálogo en el marco del presente juicio y en el ámbito del juzgado a su cargo, a fin de continuar con la búsqueda de una solución que ponga fin al conflicto...”.

10. DICTAMEN DEL CASO “SCQC” PRESENTADO ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE JUJUY, SALA II EL 7/12/2017. CAUSA N° 14715/2016.

HECHOS

Una comunidad del pueblo *kolla* de la provincia de Jujuy fue demandada por reivindicación de una parte del espacio territorial que habitaba. En ese marco, la parte actora invocó derechos hereditarios sobre el inmueble y la titularidad de derechos reales. Además, cuestionó la identidad indígena de las familias que residían allí. En consecuencia, las autoridades de la comunidad y sus abogados patrocinantes solicitaron al Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación que elaborara un dictamen técnico jurídico.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derecho de propiedad. Derecho a la tierra. Derechos humanos. Tratados internacionales. Código Civil y Comercial de la Nación. Principio pro homine.

“Corresponde realizar consideraciones sobre el derecho a la propiedad como derecho humano de los pueblos indígenas y su relación con el derecho privado, es decir el Código Civil y Comercial de la Nación, por constituir el conjunto de normas que regulan la materia sobre la cual versa el asunto litigioso en los autos, cuya interpretación se requiere para su dilucidación.

[E]l artículo 18 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dispone que ‘las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad’. Esta norma ‘permite articular las disposiciones constitucionales con la actuación de las comunidades indígenas en el campo de las relaciones civiles’⁶, en tanto regulación de los derechos de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Este campo regulatorio se integra en la actualidad, por el mencionado art. 18 del CCyCN, los arts. 1 y 2 y 7 a 8 de la ley 23.302, que prevén el acceso a la propiedad de la tierra de las comunidades indígenas y la adjudicación en propiedades de tierras ‘según las modalidades propias de cada comunidad’ (art. 7), así como el supuesto de que la adjudicación de tierras ‘podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares’. También, corresponde incluir a la ley 26.160, cuya finalidad es brindar protección a la ocupación tradicional de las tierras, y la ley 27.118 que declara de interés público la protección de la agricultura familiar, campesina e indígena, y procura la radicación de la familia en el territorio rural que ocupa.

[L]a interpretación de las normas relativas al derecho privado, en particular a los derechos reales, debe adecuarse y respetar con especial consideración los derechos constitucionales consagrados en los arts. 14, 17, 28 y 75 incs. 17 y 19, y las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en función de su condición de supralegalidad.

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ricardo Lorenzetti (Director), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, pp. 83 y ss.

[E]l sistema interamericano de derechos humanos ha ampliado el concepto de propiedad para reconocer diversas formas de propiedad, como la indígena, mucho más amplias que la concepción civilista jusprivatista (conf. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79, párr. 9 del voto razonado de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli). En 'Tibi' (2004) la Corte IDH entendió que el art. 21 de la CADH protege el derecho de propiedad en un sentido que también comprende la posesión de los bienes (párr. 218).

[L]a incorporación de los tratados de derechos humanos implica el reconocimiento de un sentido diferente a la propiedad que involucra el uso y goce de los bienes. En el caso Masacres de Ituango (2006), la Corte IDH acercó un concepto de propiedad en cuanto derecho humano, tomando una concepción de la Corte Constitucional Colombiana (1992): 'La Corte quiere asimismo evidenciar que el derecho a la propiedad privada es un derecho humano cuya vulneración en el presente caso es de especial gravedad. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna' ([...] párr. 181).

[E]l reconocimiento amplio de la propiedad establecido en los tratados internacionales y conjugado bajo el principio *pro homine* es la interpretación que se volcó en los artículos 1 y 2 del nuevo Código Civil y Comercial, que a diferencia de su predecesor reconoce como fuente del derecho privado al plexo normativo constitucional y establece que la ley deberá ser interpretada teniendo en cuenta el derecho emanado del mismo, de un modo coherente con todo el ordenamiento. Así, la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos amplió también la protección al derecho de posesión...".

2. Minorías culturales, étnicas y lingüísticas. Derecho a la identidad. Derecho a participar de la vida cultural. Diversidad.

"[E]s necesario llevar a cabo una diligencia culturalmente adecuada, para poder cumplir con la finalidad de constatar la ocupación de las fincas [...] en este sentido, la autoridad pública idónea y encargada por mandato legal de la determinación y delimitación del territorio tradicionalmente ocupado por las comunidades indígenas es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas...".

"[S]i existieran dudas acerca de la identidad étnica de la persona traída a proceso judicial, la cuestión no debe ser dilucidada por el juzgador sin recurrir a verificar el criterio normativo internacional de auto adscripción, mediante la pregunta directa al involucrado para develar su conciencia de identidad y pertenencia (artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). Para el caso que persista el interrogante de modo fundado, podría, en respeto del mismo principio, recurrirse a la misma comunidad para que aportara su criterio de adscripción. En definitiva, el peritaje antropológico es una medida de importancia en el proceso judicial, para evitar reproducir estigmas de discriminación etnocéntricas en el sistema normativo y las decisiones judiciales, o resabios del prejuicio del concepto de atraso cultural o barbarie cultural que se les atribuye a la diversidad étnica...".

11. DICTAMEN DEL CASO “BO S.A.” PRESENTADO ANTE EL JUZGADO NACIONAL EN LO COMERCIAL N° 11 EL 24/2/2017. CAUSA N° 26962/2006, RESUELTA EL 11/7/2022.

HECHOS

En la Justicia Nacional en lo Comercial de la Capital Federal tramitaba un expediente con motivo de la quiebra de un banco. Luego, se abrió un incidente por la venta de parcelas ubicadas en la Puna del norte argentino. Si bien las tierras estaban inscriptas a nombre de ese banco, familias indígenas y campesinas tenían la posesión. En ese contexto, la cámara suspendió la venta ya que miembros de una comunidad diaguita calchaquí se presentaron en la causa. También se tuvo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.160 de Declaración de la Emergencia Nacional en materia de Posesión Comunitaria Indígena. La norma le ordenaba al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas la realización de un relevamiento de las tierras de ocupación tradicional indígena. Las familias intervinientes –que integraban una comunidad con personería jurídica– contaban con el patrocinio de la Defensoría Pública Oficial N° 2 y con la colaboración del Programa sobre Diversidad Cultural de la Defensoría General de la Nación. El juez ordenó una constatación de la ocupación de las parcelas. Pese a que el juzgado de paz local la realizó, no brindó información respecto a las familias indígenas. Ante esa situación, la defensa pública impugnó lo resuelto y solicitó una nueva medida con adecuación cultural, la cual fue admitida.

ARGUMENTOS

1. Pueblos indígenas. Derecho a la tierra. Vulnerabilidad. Acceso a la justicia. Reglas de Brasilia. Participación pública.

“Corresponde destacar que las comunidades indígenas se encuentran en una situación de vulnerabilidad en cuanto al acceso a la justicia y conforme lo establecen las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (Conf. CSJN, Acordada N° 5/2009), al disponer que: se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin (Regla 33) y que se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación (Regla 42)...”.

“Para la constatación de la ocupación por parte de las comunidades indígenas al menos se debería adoptar las medidas necesarias para garantizar: la identificación de la forma específica de ocupación territorial por parte de la comunidad indígena; la existencia de cultivos esporádicos, zonas de caza, pesca y eventual recolección estacional; de la utilización de tierras que puedan no estar exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido o tengan tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

La identificación de la comunidad y la significación colectiva de la ocupación territorial, mediante el acercamiento/conocimiento del sistema de autoridades comunitarias, en el sentido que la ocupación del territorio no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. La identificación del uso comunitario y consuetudinario del territorio, mediante la existencia de pautas, reglas, usos y costumbres propias, para lo cual se debe incorporar el relato de los propios indígenas a modo de registro de su propia visión de la ocupación territorial. El registro debe ser

Escuela de la Defensa Pública
Ministerio Público de la Defensa

mediante la toma de entrevistas, que debe incluir la descripción de las toponimias, las cuales consisten en la denominación de determinados lugares específicos del territorio, de acuerdo al significado cultural e histórico atribuido por el grupo social.

[L]a participación y consulta comunitaria se debe garantizar durante la totalidad de la constatación dispuesta. Se señala que el organismo público técnicamente idóneo, adecuado y especializado para realizar la constatación, es, en realidad el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de Nación, en virtud también de lo dispuesto por las leyes 23.302 y 26.160...”.